DN. FRANCISCI DE CALDAS, PEREYRA ET CASTRO,

IVRECONSVLTI LVSITANI, EX EQVESTRI ORDINE, REGII SENATORIS AMPLISSIMI, ET IN ILLVSTRI COLIMBRICENSI ACADEMIA, iussu inuictissimi Philippi III. Hispaniarum Monarchæ, Iuris ciuilis Professoris,

Syntagmatis vniuersi iuris Emphyteutici,

PARS TERTIA

DE NOMINANDI SEV ELIGENDI AD EMPHYTEVSIN POTESTATE ET ELECTIONIS REVOCATIONE.

Omnibus tam pragmaticis & magistratibus, quam in Academia versantibus vtilissima.

CVM INDICE RERVM AC VERBORVM LOCVPLETISSIMO.



VENVNDATVR

In D. Zachariæ Palthenii, Librarii Francofurtensis Officina.

CIↃ. DC. XII.

Cum Priuilegiis S. Cæs. Majestat. & Regis Hispaniarum, & Facultate supremi Consilii & generalis Inquisitionis.

ILLVSTRISSIMO DOMINO D. ALFONSO DE CASTELBRANCO, EPISCOPO CONIMBRICENSI, COMITIQVE ARGANILLI, ET

huius Regni Lusitaniæ Proregi Augustissimo, Gabriel de Castro, Regii Collegii D. Pauli Collega, Felicitatem.



CVM olim Præsul amplissime tibi pater meus tanquam suo Mecœnati felicis ingenii sui, non infelices partus cosq; dilectissimos, quia in senectute susceptos cõsecrare exoptasset, & immatura præuentus morte fraudatus desiderio suo decessisset, mihi quasi heredi, & huic testitutioni subiecto obuenerunt mira industria elaborata eius manu monumenta, q̃ vniuersam iuris emphyteutici materiam cõplectuntur. Et quia p̃clarum semper esse duxi, vt liberi nõ solum patris studia sectent, sed ẽt amicitias, quas ille viuens coluit, pari fide, ac pietate tueantur, cum nulla via se ostendat, q̃ magis pateat ad probandum pium officiũ posteritati, quam illa omnia velle ac omnia p̃stare, vt nihil ab honesta defuncti parentis voluntate seiungatur. Hoc munus adimplere pro virib. desideraui, & licet patris diligentiam, ingenii dexteritatẽ, improbumq; laborem, (cui nihil poterat obiici, quam quod nunquã manum tollebat de tabula) adæquare pari studio non potuerim, in altero tñ elaboraui excellere, vt te, quem pater se sũmo ordine olim sibi amantissimum parauerat, ea qua possim sedulitate obseruem, atq; amplectar. Te præsul amplissime nostra colit Lusitania, patriæ patrẽ amantissimũ Hispani suscipiunt, mirantur Itali, quos tuæ eloquentiæ, & sanctimoniæ vbiq; nõ vulgaris diuulgata opinio circumstrepit: & quis non mirabitur tam reconditam diuini Pastoris doctrinam, tam absolutam religionem, tam perfectam, vereq; Christianam pietatem, cum vera modestia coniunctam, sub tam sereno vultu delitescentem, tuam raram prudẽtiam, maturum, tam in publicis, quam in priuatis actionib. consilium, Regiamq; magnificentiam? qua reliquos Antistites antecessores tuos ita longo interuallo præcellis, vt si de his pro dignitate quis velit differere, omnis humana dicẽdi ratio, atq; facultas, omnisq; orationis vbertas obruatur, necesse est. Vt interim illustrem sanguinis tui nobilitatẽ ac splẽdorem p̃termittam, quantumq; bonarum artium præsidiis, Sacræq; Theologiæ (cui te totus in nostro D. Pauli Collegio addixisti) ciuilisq; ẽt disciplinæ opibus, ad hæc belli, pacisq; tempora, sis abunde instructus, vt regere consiliis vrbes, fundare legib. & emẽdare iudicio possis, & valeas. Deterrent plane mortaliũ iudicia, tot inexhaustæ liberalitatis tuæ nũq̃ audita exempla, tot in hanc ciuitatem, postquam ad hanc Pontificalem dignitatem felicib. auspiciis euectus es, singularia beneficia omnium animos in admirabilem rapiunt admirationẽ, tot insignia opera, quæ molitus es, tot ingentes sumtus, quos in exornanda, atq; amplificanda tui almi templi Sede consumsisti, & in exstruendis Diuorum Sacrariis ac delubris, & sacrarum virginum Christo militantium ædib. nunc a primo lapide exstructis, tot opes, totq; grandes impensę magnitudine sua cogitationes humanas opprimunt. Iam vero quanta tibi in concionando eloquentia? quanta grauitas? quantum orationis flumen? quanta copia? quantus lepos in dicendo? Hæc sane maiora sunt, quã quę calamo, ne dicã cogitatione possunt concipi. Quod si illustres auos tuos, si tui sanguinis claritatem, & gentilitia stem̃ata, si natalium originem, ex quorum stirpe prognatus es: si maiorum tuorum pręclare gesta æternis lusitanarum annalibus, in omne æuum consecrata contempler, nihil maiorum imaginibus habet Orbis illustrius, admirabilius, & gloriosius nihil. Non immerito igitur te omnes boni diligunt, omnis nobilitas intuetur, omnis Lusitania laude, & celebratione prædicat incolumitatis publicæ defensorem eximium, prodiens in publicum populi congratulantis audis semper lætas acclamationes, & vulgi iucundæ voces fausta tibi ominantis, aures tuas circumsonant. Quamobrem præsul amplissime tibi offero hoc paterni ingenii, & studii exemplar, vel potius obseruantiæ pignus, quod si illud ex amplissima dignitate tua metiaris, tenue, si ex ingenio mediocre, si ex animo permagnum esse reperies, ac me sponsorem, ac vadem libenter offero, vt nomen tuum illustre perenni æuo vigeat, & sempiterno literarum testimonio ab obliuionis tenebris, & squalore in omnem posteritatem propagatum vindicetur. Vale 26. Iunii.

M. DC. IV.





TERTIA PARS,

COMPLECTENS ELIGENDI, SEV NOMINANDI AD EMPHYTEVSIN POTESTATEM, TAM EX CONTRACTV, QVAM VLTIMA VOLVNTATE, ET NOMINATIONIS RENOVATIONEM AD Ord. Reg. Lusitaniæ, Libr. 4. titul. 37.

Auctore Doctore Francisco de Caldas Pereyra, & Castro, ex equestri ordine, & Regio Senatore amplissimo.

ARGVMENTVM.

Inhabilis seu incapax, an nominari possit ad emphyteusin? & an potētior, miles, clericus, scholaris, comes, Ecclesia, fœmina, masculus, pauper, adoptiuus, inimicus domino directo, inimicus capitalis, concubina, spurius maritus, præses prouinciæ, indignus.

SVMMARIA.

1 *Quilibet etiam inhabilis potest nominari ad emphyteusin, Sed contra verius.*

2 *Potentior nominari non potest ad emphyteusin, item nec miles.*

3 *Persona quæ prohibeantur nominari, seu eligi ad emphyteusin cautum non reperitur.*
Pacto & conuentioni partium standum est in emphyteusis concessione.

4 *Potentior est prohibitus nominari ad emphyteusin.*

5 *Emphyteusis Ecclesiastica potest concedi potentiori, vt ab alio potente vindicet. (xia.*
Emphyteutica concessio potenti facta est Ecclesiæ no-

6 *Potentior dicitur, qui Republica officio fungitur.*

7 *Diuitiæ faciunt quem potentiorem.*

8 *Nobilitas facit potentiores.*

9 *Familiaritas facit potentem.*

10 *Iurisdictio facit potentiorem.*

11 *Clericus, vel scholaris censentur potentiores.*
Potentior est qui alterius est iurisdictionis.

12 *Comes potest nominari, si est eiusdem regni.*

13 *Ecclesia non potest nominari.*

14 *Pactum quod Ecclesia non nominetur, nec eligatur ad emphyteusin, valet.*

15 *Nominata Ecclesia, infra annum, debet emphyteusin alienare, & 16.*

17 *Æstimatio emphyteusis est Ecclesiæ nominatæ præstanda.*

18 *Emphyteusis an transeat in monasterium cum vniuersitate bonorum.*

19 *Fœmina & masculus pauper non possunt nominari.*

20 *Potentior a lege vocatus emphyteusin capit.*

21 *Qui per aliquod tempus pensionem a potentiore recepit, illum videtur probare.*

22 *Filius patre potentior dici non potest, & quid in filio adoptiuo.*

23 *Socius & consors emphyteusis capiunt.*

24 *Patronus potest donare, & transferre ius patronatus in compatronum absq; Episcopi consensu.*

25 *Plures emphyteutæ possunt inter se alienare sine domini consensu.*

26 *Plures feudatarii possunt inter se alienare, & diuidere sine domini consensu.*

27 *Prohibitio cessat, quando dominus directus non est inferior ipso nominato.*

28 *Inimicus domino directo nominari non potest, quod late comprobat. Odiosi excluduntur a fideicōmisso dādo agnatis, aut proximioribus de familia. Personæ testatoris odiosæ non includuntur in generali sermone ad personas relato.*

29 *Inimicus capitalis non potest nominari etiamsi ante concessionem orta sit inimicitia.*

30 *Si inimicus nō est capitalis, potest nominari, idummodo post emphyteusin concessam inimicitia contrahatur.*

31 *Confessus & contritus moriens, censetur iniuriam remisisse.*

32 *Decedens contritus, dicitur remittere rancorem.*

33 *Plena remissio pœnitentialis, extinguit actionem iniuriarum.*

34 *Fallit si emphyteuta habet liberam nominandi potestatem.*

35 *Inimicus capitalis nominari non potest etiam ab habente liberam nominandi potestatem.*

36 *Fallit si dominus inimicitiarum caussam dedit, vide infra, n. 40.*

37 *Interpretata l. filio 31. §. Seia, ff. de adimend. legat.*

38 *Alimenta extra domum sunt præstanda, quando alimentis obligatus, caussam præstitit. Vxor diuertēs a marito non est alenda.*

39 *Sua culpa absens caret distributionibus.*

40 *In contrarium, quod nocet inimicitia, cuius caussam dominus dedit.*

41 *Legata reuocantur, si inter testatorem, & legatarium capitales inimicitiæ oriantur.*

42 *Teſtis inimicus repellitur, etiam ſi recuſans cauſſam dederit.*
43 *Sola inimicitiæ capitales reuocant legatum.*
44 *Interpret. l. ſi filiã. 19. C. de inoff. teſta. noua obſeruatio.*
45 *Concubina non poteſt nominari ad emphyteuſin.*
46 *Nominatio, quæ fit in concubinam com, paratur ei, quæ fit ſpurio.*
47 *Spurius a nominatione emphyteutica arcetur. Spurius domini directi non poteſt nominari.*
48 *Spurius emphyteuta nominari poteſt.*
49 *Spurius domini directi põt nominari pro alimentis.*
50 *Maritus qui duxit quinquagenariam, ab ea nominari non poteſt.*
51 *Emphyteuſis ad quem pertinebit, ſi vxor quinquagenaria maritum nominauit.*
Filiorum cauſſa potior.
Nominatio facta in fauorẽ mariti, eſt nulla ipſo iure.
52 *Emphyteuſis eſt filiis concedenda, quoniam propter eorum fauorem, non poteſt maritus nominari.*
53 *Tranſuerſalis ab inteſtato emphyteuſin non capit.*
34 *In contrarium pro domino directo, quod emphyteuſis extinguatur.*
55 *Præſes prouinciæ nominari non poteſt ex contractu, poteſt tamen ex teſtamento.*
56 *Conceſſio pro quib. dederis, reſtringitur ad habiles, & ibi de conceſſione pro quibuſcunque, & pro quibus volueris.*
57 *Conceſſio pro quibuſcunq; reſtringitur ad habiles.*
58 *Emphyteuſis per viam executionis ſententiæ prohibita perſona adiudicari non poteſt.*
59 *Emphyteutica res vẽditur, domino inconſulto auctoritate iudicis.*
60 *Indignum nominans amplius non poteſt eligere.*
61 *Patronatus præſentans indignũ repellitur a iure præſentandi. pro ea vice.*
62 *Indigni præſentatio ſeu nominatio eſt ipſo iure nulla.*
63 *Eligentes imperatorem indignum priuantur pro ea vice iure eligendi.*
64 *Indignus indignitate iuris eſt qui eligi non poteſt.*
65 *Is qui debet eligere boni viri arbitrio, digniorem tenetur eligere.*
66 *Libera facultas quibus verbis concedatur.*

CAPVT I.

1 DIGNITATIS † noſtræ ratio, incoeptæq; materiæ ſuſcepta ab initio diſputatio quaſi neceſſitate quadã nos hortatur, vt poſteriorũ librorũ, quorũ fidẽ, & ſponſionẽ in priorib. cõmentariis pſtitimus, pmiſſam editionẽ nunc ſyncere exhibeamus. Duplex erit inſtituti ptractatio, cuius prior eligendi, ſeu nominãdi in cõtractu cõceſſam poteſtatẽ, poſterior vero in vltimis voluntatib. tributam facultatẽ reſpiciet, ac intuet̃. De prima ſigillatim ordinatio Regia *lib. 4. tit. 63.* in antiqs: in nouis lex Regia, *tit. 37.* De ſecũda agit eadem Ord. *§ fi.* Vtiliter cõpbat hæc O. d. habentẽ poteſtatem nominãdi poſſe quemcunq; abſq; vlla perſonarũ diſtinctione eligere, q̃ clarius deducit̃ ex verſi. ibi, *Em ſua vida nomear alguã peſſoa*, i. e. in vita aliq̃ perſonam nominaſſet. Id n. ſuadet illa dictio *aliquis, ſecund. gl. celebrẽ in Clemẽt. 1. verbo, aut earum parte, de foro compet.* Vbi Card. *q. 9.* Paul. de Leaz. & ceteri ſcribentes, *Dec. in c. quoniã, de teſtib. col. 1. Tiraq. in l. ſi vnquã, verb. pariẽ aliquã, n. 14. C. de reuoc. donat.* Quod tñ minime hic admittẽdum cenſeo, cũ animaduertã plures in iure perſonas reperiri, q̃ minime ad emphyteuſin nominari, aut eligi poſſunt. Quamobrem eius ſum ſententiæ, vt ad perſonas habiles dũtaxat, verba huius Rub. reſtringenda fore exiſtimẽ, q̃ regulariter in omni diſpoſitione, obtinet, *vt tradunt doctores, in l. 1. C. de ſac. eccleſ.* q̃ ita in ſpecie conſuluit Grat. *conſ. 80. lib. 1. n. 1. Barb. in c. potuit, de Loc. n. 18.* & probant communiter DD. *in l. fin. C. de iure emph.* quatenus reſoluunt, lapſo bimeſtri tempore, dño conceſſo, ad declarandum, an velit rẽ emphyteuticã, p eodẽ pretio retinere, poſſe emphyteutam, libere, cuicunq; vendere, dummodo habilis ſit, & non ex prohibitis perſona.

Ex † quo primo infero, habentẽ poteſtatẽ nominandi ſecundã, vel tertiã pſonam, neutiq̃ poſſe ſeipſo potentiorẽ eligere, ſeu nominare. Is n. q a ab eo nõ tam facile penſio exigi põt, phibitus eſſe cẽſetur, vt pbat Imp. *in l. fi. C. de iure emph.* ibi: *Si ius emphyteuticũ ad perſonas nõ prohibitas, ſeu conceſſas, & idoneas ad ſoluendũ emphyteuticũ canonẽ,* & ibi notant doct. & *in c. potuit, de locato,* & pbat lex Reg. *in nouis tit. 38 in prin.* & tradit Iul. Clar. *lib. 4. § emphyt. q. 22.* Ceterũ doctiſ. Menoch. *conſ. 38. n. 45. vol. 1.* aſſerit de iure phibitum nõ eſſe, rẽ emphyteuticã in potentiorẽ alienari poſſe, *vt poſt Ioa. And. & Alex. ſcripſit Iaſ. in l. ſi ita quis, §. ea lege, n. 10. ff. de verb. obl.* Quorũ ſane reſolutionem Menoch. *n. 46.* verã eſſe cenſet, vbi dñi cõditio deterior facta non eſt, aliter eſſe qdem phibitam huiuſmodi alienationem ex Alex. *conſ. 9. lib. 3. n. 5. Iaſ. d. §. ea lege, n. 10. Bal. in c. a. quæ in Eccleſiarũ, de conſt. Guido Pap. conſ. 139. n. 7. Iaco. de ſeu. verbo. Et eum pacto. col. 2.* Quamobrẽ plebeius, aut infimæ cõditionis homo, ſi emphyteuſin habet, cũ poteſtate nominandi, ſeu eligendi ſecundã, vel tertiam pſonam, is neutiq̃ poterit militem, ſeu nobilem quempiam virũ nominare, *vt tradunt gl. Bal. Salyc. & Iaſ. in l. fi. C. de iur. emphy. n. 90. & ſeq.* ex auctoritate Spec *in tit. de loca. § nũc aliqua, q. 116.* qui notabiliter reſoluit, bona eccleſiaſtica nõ poſſe locari Capitaneis, militib. aut ſimilib. pſonis, a quib. cũ difficultate penſio exigitur; q̃ ẽt tradit Imola, *in l. ſi finita, § ſi de vectigalib. ff. de dam. infect. & ſcribentes in d. c. potuit,* vbi Barba. *n. 17. & Bertran. lib. 1. cõſ. 34. n. 5. cũ ſeq & Iaco. in auth. qui rẽ. n. 163. C. de ſacro. eccleſ. Iul. Clar. lib. 4. recept ſent. §. emphyt. q. 22.* & ita in milite S. Ioan. reſpõdit Alciat. *Reſponſ. 29. n. 6.* cui negat emphyteuſin. Nec hoc mirũ, quoniã his, ne vicinis ſuis graues ſint, rerũ phibetur conductio, vt habetur *in l. Curialis, C. locati,* ibi: *Curialis, neq; procurator, nec cõductor alienarũ rerũ, nec fideiuſſor, aut mandator conductoris exiſtat: alioquin nullã obligationẽ nec locatori, nec cõductori, ex huiuſmodi contractu, competere ſancimus.* Et rurſus in l. ſeq ibi. *Milites noſtros alienarum rerũ conductores fieri prohibemus, ne omiſſo armorũ vſu ad opus rureſtre ſe conferãt, & vicinis graues præſumptione cinguli militaris, exiſtant: armis aũt nõ priuatis negotiis occupentur, vt numeris & ſignis ſuis iugiter ingerẽtes, rempublicã, a qua aluntur, ab omni bellorũ neceſſitate defendant,* rurſus, & *in l. fi. C. eod.* Qua ratione ẽt in potentem facta locatio, ẽt ad modicum tẽps dicitur alienatio. nõ minus phibita, q̃ ſi inferiori fieret, ad longum tẽps, *vt voluere Ang. Bal. & Fulg. in l. manumiſſ. ff. de iuſt. & iur. Vbi etiam Claud. & in l. imperator, ff. ad Treb. col. 2. Chaſſa. in conſue Burg. rub 3. §. 8. verb. En alienation. n. 28.* quorum ad id meminit Molina, *lib. de Primog. Hiſpan. q. 21. num. 30.* Et hæc eſt cõmunis reſolutio, per quam dicta iura ad emphyteuſin extenduntur, *teſte Grato. libr. 1. conſil. 80. numero 7.* Vnde vidimus non ſemel antiquas emphyteuticas conceſ-

concessiones, in quib. nomiotim emphyteutis interdi[illegible]ũ erat, ne quo modo nobilium filios enutrirent, in hæc verba, *cõ tãto q̃ não criẽ filho d'algo, &c.* id est, *dũmodo filiũ nobilis non lactauerint, vel educauerint.*

3 Quæ † notabilis resolutio est, q̃ a de iure cõi scriptũ, aut a lege determioatũ non reperitur, q̃ sint personæ phibitæ, vt obseruarũt Imola, *in d. c. potuit, & in l. Si tamquis, § ea lege, ff. de verb. obl. Alex. cons 106. n. 5. vers. non licet, vol. 4. firmat Card. in d. c. potuit, q 15. & ibi Bar. n. 17. idẽ Alex. cons. 120. vol. 1.* quicquid repugnet, Ias. *in l. fi C. de iure emph. n. 90.* intelligens milites reperiri phibitos ex ratione tex *ind. l. m. l. C. locati.* cuius dispositionẽ ipso ad emphyteusim trahi posse existimat, ne scil. vicinis sint molesti. Cõia tñ sententia cum Ioan. And. *in d. c. potuit,* contrariũ probat nullibi cautũ reperiri, quæ sint hæ prohibitæ personæ: ac proinde hac in re legi municipali, vel partium conuentioni standũ fore. Quare illæ erunt prohibitæ personæ, quas lex municipalis, aut dñi directi cõcedentis pactio, nominari posse interdicit, ac phibet. Nã quemadmodum dñs, a principio cuiq̃ emphyteusim dare, aut negare potest, ita etiam pacto statuere, qui submouendi, vel admittendi sint.

4 Quamobrẽ † Regia hęc ordinatio vtiliter hũc casũ respiciẽs, sancit in potẽtiores trãsferri emphyteusin nõ posse, ne quo modo in exigẽda pensione dñi directi cõditio deterior fieret: Exindeq; iam passim apud nos ex pragmaticorũ pscripto praxis inoleuit, vt semp in emphyteuticis cõcessionib. hæc clausula apponat', ne quo modo maior ipso emphyteuta quispiã nominet' in hæc verba: *E q̃ elle nomee a segũda pessoa, & esta segũda nomee a terceira, q̃ nã seia de maior cõdicão q̃ elle emprazador. i. e. & q. ipse nominet secundam personã: & hæc secunda eligat tertiam, qua non sit maioris conditionis quam ipse emphyteuta.* Quæ verbo proculdubio suprascriptam resolutionem raspiciunt, ne quo modo potẽtior nominetur, & hoc iure vtimur.

5 Hoc † sane intelligendũ est, vt neq; a principio viro potẽti cõcedere in emphyteusin bona sua Ecclesia possit; nisi forte oporteret ab alio potẽte obtenta recuperare, neq; id aliter Ecclesia, q̃ potẽtis insulta psidio efficere posset: tunc n. permissa est in potentẽ alienatio, q Ecclesiam recognoscat, & rem innasam, ab alio potẽte, vel tyrãno vindicet, vt notabiliter cũ Ioa. And. Hostie. hanc esse cõem resolutionẽ tradit Barb. *in c. fi. de feu. n. 11. & fi.* Non n. is casus, cõtinetur sub phibitione & iuramento, de nõ alienaodis bonis Ecclesiæ: quoniã magis tendit ad rei ecclesiasticę vindicationẽ, q̃ alienationem. Cũ n. vrgens ecclesiæ necessitas, & vtilitas, euidensq; caussa postulet, rem Ecclesię ab iniusto possessore occupatã euinci, q citra potentioris operã, & industriã expediri non põt, iustissimũ est eidẽ in emphyteusin, veluti postliminio restitutã, & euictã cõcedi, cum nullũ exinde Ecclesia detrimentũ sentiat, sed potius iura integra sui directi dñu intacta., atq; illibata cõseruet. Hæc igit' vrgens, & necessaria caussa, efficit, vt a legũ pscripto, imo & a mandatis superioris recedere liceat, imo & illis refragari. tex. *in l. si hominẽ, 30. ff. mãdati. de quo Felin. cons. 35. n. 3.* Aliter Ecclesiæ cõcessio facta potenti ob id tantum Ecclesiæ noxia est, *vt placuit Panor. n. 3. in c. peruenit. de arbit & Alex. lib. 3. cons. 9. sub nu. 5. Anchar. consi. fin. ad fi.*

6 Potentior † aũt ille dicitur, qui Reipublicæ administrationi admotus, publico officio fungitur. *Vt in l. si. C. quando mut. caus. l. vni. C. si quacunq; prædit. potest. & l. vni. C. de his qui pot. nomi.* q; et obseruauit Alf. de Mõtal. *in gl. 1. in l. 16. tit. 12. lib. 1. Foro legũ, & rursus in l. 7. lib. 2. tit. 1. Affl. in tr. de iure congrua, § 5. n. 2. Rebuf. 2. tom. leg. Franc. tit. de cessione, in gl. 8. pag. 459.*

7 † Secũdo diuitiæ reddũt quẽ potentiorẽ. *§ 1. & § si vero, in auth. Vt omnes obed. iud. prouin. coll. 5. Alberi. in rub. C. ne lice. potent. tx. in l. 1. C. eod. ubi, quam potentiorũ dominorũ opib.* Nobilib. n. cõparãtur diuites, *l. nobiliores, C. de cõmer. & merca.* Quare *c. 8. Ecclesiast.* scriptũ est. *Non contendas cũ locuplete viro, ne forte contra te cõstituat litẽ,* tradit Rebuf. *2. to. leg. Franc. tit. de cessio. glo. 5. post princ.* Licet aliud censeant glo. *l. 1. C. ne lic. pot. & ibi Ias. n. 2. & Menoch. cons. 28. n. 47. vol. 1.*

8 Tertio † nobilitas potẽtiores homines facit. *l. 1. C. de dignit.* Vbi DD & Rebuf. *d. gl. 5.* sic intelligẽs illud Ecclesiastes c. 8. *Noli litigare cũ homine potẽte, ne forte incidas in manus illius.* Cotrariũ tñ voluit Menoc. *d. n. 47.*

9 Familiaritas † et seu cõmẽsalitas reddit, quẽ potẽtiorẽ, *l. si in fi. C. quod met. cau. Rebuf. d. gl. 5. in fi.* Quãobrẽ antiq Lusitani huiusmodi concessionib. solebant apponere clausulã, *que não criassem filho dalgo,* id est, *quod filium nobilis minime nutriant, aut alant.*

10 Quinto † iurisdictio q̃ qs habet, hominẽ facit potentiorem, *vt tradit Gomez. super regula Canc. coll. q. 1. de subrog. coll. pag. 250. ad fi. cum seq. Aymo. cons. 205. n. 43. Roma cons. 518. in fi. Iacob de Leonar. dis intes cons. Brũ. consi. 114. n. 349. Menoch cons. 38. n. 47.*

11 Sexto † cõsiderat' quis potẽtior ratione fori, si forte sit scholaris, clericus, aut religiosus, *Collect. in c. 1. in fi. de alie. iud Gomez d. q. 1. Rebuf. 2. to. legũ Franc tit. de cessio. gl. 2. pag. 454. gl. 1. in c. fi. de alie. iud quã ibi Collect. sequitur. n. 1. Ant. Card. Anch. Aza. n. 4. Imol. Abb. n. 8. Alaut. n. 8. Ias. & Iac. a n. 18 in l. 1. C. Ne lice. pot. & Iac. Sabagũ Villasante D. insignis in rep. c. 2. de ali. iud. pag. 3. vers. Ex illa itaq; fori mutatione, col. 2. Ant. Gab. lib. 2. tit. de actio. concl. 3. n. 3. idẽ Sabagũ pag. 19. vers. nec obstat septimum, Menoch. cons. 38. ante nn. 48. cũ seq. Iul. Clar. lib. 4. § emph. q. 22 Ceph. cons. 223. n. 42.* Licet alii eam gloss. cõiter damnent, & Hostien. *in summa, de cessio. actio. § 1.* intelligens laicum clerico potentiorẽ esse, *per cap. si de reb. eccles. non alie. ibi laica potestatis,* & qa laici sunt magis terribiles, *c. laici. 2. q. 7. Panor. n. 2. d. c. fi. Gomez. d. q. 1. vers. dicitur etiam. Paris. lib. 4. cons. 96. n. 16. & Duen. regul. 88. ampliat. 4 & Ant. n. 4. Imol. n. 3. Abb numer. 2. & ibi Innocent. in d. c. 2 de alien. iud. & ibi Mantuan. numer. 9. Rebuff. d. glo. 2. artic. 2. Iacob in l. 1. n. 13. C. ne lice. pot.* Sed eam sñiam Rebuf. *d. gl. 2. tit. de cessio. actio. 2. tom* non pbat, asserens clericum ẽt pauperem ratione fori, etiam diuite laico esse lõge potentiorem. Quæ tñ opinio satis tuta non est: Admitti tñ potest, eo tantum casu, quo clericus iurisdictionis priuilegio dominum coercere potest, *ex Soarez. alleg. 19 in prin. Duen. regu. 88. ampliat. 4. Romanona 177.* q̃ ad hoc citare voluit, Aymon. *cons. 205. n fi. vol. 1.* quo etiã in loco Romanum adducit *consil. 518. Quintil. in. de signat gratia, verbo cessiones. fol. 14. ad fi. & Iacob Sahagum d. c. 2 pag. 19. col. 2. vers. tertia opin.* Ceterũ interpretes nostri hac in re id tñ attẽdendũ opinantur, an difficilior sit pensionis exactio, & rei vindicatio, si illa forte a dño directo sit vindicanda: quo respectu clericũ duriorem aduersariũ, & laico potentiorem fore reputandũ, ambiguum cuiq; esse nõ debet, cũ corã suo iudice conueniendus sit, *tex. regula cap. cũ sit generale. de foro cõpet. & in c. si clericus laicũ, eod. tit. & in c. si diligenti.* Quopp cum ratione potentior, quoniã durior aduersarius est, cẽseri debet,

si cōsideres litiū ecclesiasticarū capcosas, & cōpe-
rendinationes, anfractus, & pplexitates, q̄ adeo fre-
quētes sunt, & molestæ, vt p̄stantius q̄nque sit re i-
psa carere, q̄ p ea litigare, pp magnam appellandi li-
centiam, *c. ad Roma. 2. q. 6. c. cū sit Romana, c. sup. eo. 12. de appell.* qua ratione id pbat Palac. *in repet. c. notab. 3. §. 23.* idq; acutissime aduertit Iac. Sahagū Villasante *in repet. c. 2. de alie. iud. mut. caus. fact. pag. 20.* vbi censet esse locū edicto *de alie. iud. mut. caus. fact.* cū in clericū fit alienatio a laico, q̄uis clericus fauoribus impar fuerit laico cedenti: etenim pp fori mutationē clericus durior aduersarius constituitur, & ideo edicto cōprehendit̄, nō quia potentior est, sed q a alterius fori est, & alienatio fiat in hominē alterius fori, qui aduersariū vexaturus sit. Hac ergo de caussa cleric⁹, laico potētior censeri pōt, ad quē sensū, & interpretationem Ord. Regia videt̄ reducenda, ibi dū subdit, *Pessoa que hiure, mento pague o foro*, i. e. *persona, q̄ libere pensionē soluat.* Quę verba nulli alii pprius, q̄ clerico, vel religioso accōmodari posse vident̄, quoniā ille alio potentior existimatur, q eidem principi, & potestati nō subest. Inde ēt possessiones Regi tributarię nō possūt a laicis donari clericis, q iure nostro ab illis tributis exemti sunt, *c. quam eccl. & c. Ecclesi. s. M. de const. c. Quamquā, de ce sib. lib. 6. l. 11. tit. 10. lib. 5. Recopilatio. Castella* Quāobrem ratio illius edicti, *de alie. iud. mut. caus. fact.* habet ēt locū in cessionib. vel alienationib. factis in Dd. vel scholasticos pp eandem fori mutationem, & priuilegia ipsis cōpetentia, *ex auth. habita C. ne filius pro patre, & ex l. 1. tit. 7. lib. 1. Recop. Castella, & late Didac. Perez in l. 1. tit. 10. lib. 1. ord. col. 280. & Rebuf. & Q. Horat. Luc. in tract. de priuileg. scholar.* & nouissime ita tradit acutissimus & doctiss. Iac. Sahagū *in repet. c. 2. de alie. iud. mut. caus. fact. pag. 20. col. 1. vers. unde ēt tertio, & rursus pag. 18. vers.* qua ratione, vbi ait in regno Castellę cessiones, & donationes Dd. & Scholasticis factas, Regia pragmatica insici, *25. & l. 18 tit. 7. lib. 1. recopilationis*, & ita ēt phiberi hospitii, & habitationū cessiones a metatoribus siue epidemiticis designatarū, *ex l. 13. tit. 15. lib. 3. recopilatio.* atq; ēt rerū cessiōes Ecclesiasticis factas ad excusādas debitas Reg. pēsitatiōes, interdia it *l. 11. ti. 10. recopil.* Quāobrem cessiones in scholasticū factæ pp fori mutationem & priuilegia subiacebūt edicto *de alien. iud.* Clericis n. cōparantur. *gl. verb. Scholar. in c. 1. de loca. ita Iac. Sahagū d. c. 2. pag. 21. vers. ex quib. apparet, col. 2.* Aliter n. si sub eodē viuat impio & iurisdictione, ab eodēq; principe cōpelli, & exeq possit, vtiq; potentior censendus nō est. *Guibel. Ang. Paul. & alii, in l. 2. ff. quis satis da. cog.* vbi asserūt, q licet nobiles, habentes arces munitissimas, idonei ad cōueniendū non censeant̄, aliud tñ obseruandum fore, si eidem Regi subiaceant. Seqtur Iaco. a S. Georg. *in l. si de vi. n. 18. ff. de iud. Rola. cons. 1. n. 77. cū seq. vol. 1. Mol. de primog. Hisp. lib. 1. c. 21. n. 30.* qua de caussa clericum laico potentiorem esse censet Rebuf. *2. to. leg. Franc. pa. 455. in prin. & 457. in prin. Aymon. cons. 205. n. fi. vol. 1.* q hāc magis videtur pbare sñiam. Pro qua sñia est text. *in c. 2. de alie. iud. mut. caus. fact.* vbi cessio, caussa mutādi iudiciū, a laicis in clericos fieri nō debet. Hac n. occasione secularis iudicii censurā & examen cedentes effugiunt, & collitigantib. duriorē aduersariū constituūt. quod innuit Sūmus Pontifex *d. c. 2.* ibi: *Quidā clerici sibi dono vel precio ab aliquib. laicorū ipsi in eos faciunt actiones, vt aduersarios ad ecclesiasticum forū trahāt, & praua ex huiusmodi cōmercio assequātur, & infra. Cū igit̄ cessiones & emtiones litiū iegitim̄ phibeant sanctiones, ita q iactura caussæ afficiāt illos, qui sibi potentiorū patrociniū taliter aduocare præsumunt, & ex eo sint ēt odiosæ q ex fonte cupiditatis videātur procedere, mādamus quatenus clericos memoratos a præsumtione huiusmodi cēsura ecclesiastica cōpescatis.* Frustra n. cessionem ipsis factā, clericis, his, q potentiorū patrocinīū ambiūt, & aduocant, conferret, nisi ipsi clerici inter potentiores numeraret. Ex illa namq; fori mutatione & iudiciū mutari palā est. Quare q I. C. *in l. 1. & 3.* respondit mutari iudiciū, si in alterius puinciæ hominē alienatio fiat, lex Partitę explicat, in alterius fori hominem. Et ideo Bar. *d. l. 1. in fi.* ad clericū illius edicti phibitionem extendit, q & agnouit gl. cōiter recepta *d. c. 2 de alie. iud.* & alii supra relati. Vnde ex hac etiam fori dolosa mutatione debitoris conditio deterior fit, cū durior sit ille clericus aduersarius, q̄ laicus, vel magis vexaturus sit aduersariū, cuius conditio deterior fit ea facto alieno *l. 1. ff. de alie. iud.* vtiq; pōt debitor vti exceptione cōtra clericū cessionariū ad eū repellendū, vel in factū actione contra cedentem *ex l. Cū milet & l. fi. de alie. iud. vbi Bar. Albert. & Fulg. & cōm. in c. 1. ex eod.* Erit igit̄ in debitoris electione, cessionariū exceptione repellere, vel si cū eo litigare maluerit, poterit in factū actione consequi, quanti eius intersit, clericū aduersariū nō habuisse. Quod ita in specie resoluit Iac. Sahagū Villasante *in repet. c. 2. de alie. iud. pag. 16. col. 1.*

Ex † his aliter, si eiusdem erat fori nominatus, cu-
ius erat nominās emphyteuta, vtiq; & si nobilior sit, 12
aut locupletior, nominari recte poterit, vt notabili-
ter resoluit Grat. *lib. 1. cons. 80.* Vbi defendit, validam
esse in fauorem Comitis, emphyteusis alienationē,
si modo eiusdē sit fori, cuius erat emphyteuta, soli-
tusq; ille sit debita soluere, & creditorib. satisfacere.
Cessāt n. in hoc casu, oēs in cōtrariū adductæ rationes, ac dñii pīudiciū, & interesse, *vt ibidē n. fin. scripsit.*

Ex † qua ratione (vt arbitror) cōis iuris Pontifi-
cii sñia inualuit, Ecclesiā, ad emphyteusin neutiquā 13
nominari posse, vt obseruauit glos. *in c. potuit. de loca.*
cōiter in hoc recepta *secund. Imol. ibi n. 24. ad fi. & Iacob. in auth. qui rē. C. de sacros. eccl. n. 164. Barb. in d. c. potuit, n. 17. Alex. lib. 3. cons. 9. lib. 5. Ias. in l. fi. C. de iur. emphy. n. 91. & 94. Rim. lib. 2. cōs. 304. n. fi. & lib. 3. cōs. 422. n. 3. & late Guibel. in ca. Raynut. verb. & vxorē, n. 553. de testa. Calc. cons. 31. n. 8.* & nos late diximus in tracta. *de renou. emphyt. q. 20. n. 17.* Vbi *n. 18.* adiecimus huius rei rationem, *& n. 19.* idem resoluimus in ciuitate, Collegio, aut Vniuersitate.

Prædicta † absq; difficultate pcedunt, si pactum
expressum apponat̄, vel conditio in emphyt. cū ces- 14
sione fuerit adiecta, ne res ad Ecclesiā perueniat, q
dominū cauere posse, in confesso est, *ex Bessano in consuet. Alner. art. 11. 34. col. 3. post princ. tradit Imol. in l. Lucius, in 2. §. pen. ff. de her. ed. inst. Ferd. Arias in l. 15. Tauri n. 64. Curt. de feu. 2. p. ar. q. 9. Guibel. in c. Raynut. de test. verbo, & vxorē, n. 558. Palac. in rub. §. 16. nu. 14. col. 2. Barba. lib. 3. cons. 46. Couar. lib. 1. resolu. c. 19. n. 11. Gomezius in l. 40. Tauri, n. 66.* Quocirca exstāte huius Regni praxi, per q̄ in cessionibus emphyteuticis adiici solet clausula *q quispiā maioris cōditionis, quam sit ipse accipiēs, nominari nō possit,* vtiq; sine difficultate pcedit, Ecclesiā nominari nō posse, p supra scripta.

Verū † non pinde intelligo, Ecclesiā p se ius inca-
pacem esse, adeo vt in eius fauorem facta nomina- 15
tio pro non scripta habeatur. Sæpius enim vidimus
in pra-

in praxi Ecclesiam nominari, piumq; misericordiæ collegium, seu confraternitatem vniuersalem heredem institutam, emphyteusin a defuncto possessam obtinuisse: corpori hereditario inhærentem, ad imaginem alterius priuatæ personæ, quæ res in controuersiam a grauissimis viris fuit deducta, an id iure fieri posset.

16 Ego † sane censeo Ecclesiam, aut pium locũ, incapacem successionis emphyteuticæ nullatenus esse: sed id nisi ex mente dominica interpretes nostros deduxisse, emphyteusin ad Ecclesiam transire non posse, penes illam perpetuo mansuram, ne domino tam graue inferatur præiudicium. Qua ppter cessante ratione, & defectu intentionis concedentis, probe existimarunt, Ecclesiam sic acquisitam emphyteusin, per annũ dumtaxat posse retinere, intra quẽ, illam in fauorem alterius priuatæ personæ alienare, & a se abdicare oporteret. Vt post Missueriũ, & Speculato. docet Bessanius *in consuet. Aluer. art 14. col. 2. in fin. cum seq* idq; consuetudo, & iudicialis fori praxis obseruat, *teste Alexand. consil. 120. n. 4. vol. 1. Iason, in l. fin. C. de iure emphyt. post num. 91.* quod & in regno Franciæ obseruari testatur Carolus de Regaliis *priuilegio 20. col. 2. Boic. in capite ex literis, col. 2. in fin. de censibus. Bessanius d. art. 14. col. pen in med fol. 152. Carol. Molin consuetud. Parisien §. 22. q. 41. n. 129 & §. 41. a 60.* quorum sane sententiam, & praxim nostra lex Regia Lusitaniæ probat, *libr. 2 tit. 8. §. 1. & in nouis tit 18. § 1. ibi, Podelos ha possuir hum anno, & dia, &* cet id est, *possidere poterit intra annum & diem* Tradit Carolus *de Regaliis lib 2. cap. fin. col. 3. in prin. Barbatia, in d. cap. potuit, ante n. 18. de locato.*

17 Ex † quibus labitur, ac euanescit eorum sentẽtia, qui putãt, Ecclesiæ nominatæ emphyteusis æstimationem, saltem ab herede esse præstandam. nominãtis, vt annotauit Specul. *in tit. de emphyteusi, vers. 117. & Panor. in d. c. potuit, n. 10. post Card. q. 15. & ibi Barbat. n. 17 in fi. Iason in l. fin. C. de iure emphyt. n. 96.* quorum sane opinio explodenda est, nisi secundum prædicta procedat, quando Ecclesia nominata, vt æstimationem consequatur, emphyteusin infra annum alienauit.

18 Sed † an per ingressum religionis cũ vniuersitate bonorum, in Ecclesiam, seu Monasterium transeat emphyteusis, tradit Iason, *in l. 2. C. de iure emph. nume. 200. & in l. fin. n. 97. C. eod.*

19 Vlterius † ex ratione suprascripta facile defendi potest eorum traditio, qui ꝓbant nec mulierem, nec quempiam pauperem, vel medicum nominari posse, quia qualitas, & priuilegium harum personarum, domini directi conditionem deteriorem reddit, in exigenda pensione. Mulieris, quoniã pro debito ciuili carcerib. mancipari non potest: Pauperis, quia etiam bonorum cessione liberatur, aut a creditore in carcerib. alendus est. Vt resoluit in specie Barbatia *in cap. potuit de locato n. 17. Ias. in l. fin. C. de iure emphyt. n. 92. & 97.* Iacobi. qui firmant esse de mente omnium, *Fr. in auth. quas actiones. C. de sacros. Eccles. num. 163.* Quod an in vidua, & minore procedat, tradit Duennas *regul. 88. ampliat. 5.*

20 Quod † aũt diximus, potentiorẽ nominari non posse, sane intelligendũ est, vbi quis ab homine nominatur, non sic si a lege ad emphyteusin vocetur, quemadmodum contingit in eo, qui præscripsit, q & si potentior sit, amoueri ab emphyteusi non põt, vt obseruauit Socin. *lib. 2. cons. 266. n. 44.*

Quod † tamen admittendum est, dum modo cõpleta sit præscriptio, aliter si Prælatus dñs directus a potentiore pensionem recepit, Ecclesiæ non nocebit, *vt post Bart. adnotauit Afflictus, in c. 1. §. 1. n. 9. de alien. feudi doctores in c. veniens, de transactio.* quæ notabilis est resolutio, & limitatio, ad supradicta. 21

Secundo † id limitandum est, in filio, a patre nominato, qui potentior patre dici non potest, *ex his quæ scripsit Ias. in l. si ita quis §. ea lege ff. de verbo. obl. n. 13. Hippolitus in l. in auditum. ff de Sicariis n. 5. Tiraq. in prin. l. si vnquam, C. de reuoc. donatio. nu. 17. Curtius iunior consi. 61.* qui ponit exemplũ in filio clerico, *Guilhel in c. Raynut Verbo. mortuo itaque in 2. n. 56. fol. 395. Afflictus in cap. 1. §. 1. de alien. feud. n. 31. Cephalus, lib. 2. consil. 161. n. 26.* Quod mihi profecto ad filium legitimum restringendum videtur, & in adoptiuo limitandum, *ex Tiraq. d. l. si vnquam. verb. Liberos, n. 9. & in proœmio retract. n. 53.* 22

Tertio † restringẽda est superior resolutio, in socio, seu emphyteusis consorte, in quem alter socius potest libere emphyteusin transferre, quamuis potentior ille multo sit, vt notabiliter post Salyc. ibi resoluit Ias *in l. fi. C. de iure emph n 98.* Satis n. est, quod illius fidem & personam dñs a principio probauerit, cum eidem emphyteusis partem concessit. Iuuat quod habetur *in Clemen. fi. de reb. Eccl.* posse Prælatũ, qui iurauit, non alienare, in fauorem sui Capituli bona alienare, quia non est proprie alienatio, quę in fauorem consortis fit. 23

Comprobatur † hoc a simili, prout resoluũt nostri interpretes in iure patronatus Ecclesiastico: licet n. quando sunt duo, vel plures patroni, & vnus alteri donat, vel cedit, vel relaxat ius patronatus Ecclesiastici, requiratur Episcopi consensus, tex. *& ibi Abb. in c. illud. de iure patron.* Hoc tñ limitatur, inter plures heredes, vel compatronos Horum n. alter potest alteri cõpatrono renuntiare ius patronatus, sine consensu Episcopi, quia hæc non est proprie alienatio, q̃ fit compatrono. glo. 1. singularis, quam ibi sequitur Anto. de Butrio, & alii, & alibi non reperiri fatetur Abb *in c. ex insinuatione, de iure patrona.* quam vt singularem sequitur Iason, *in l. qui Romæ §. duo fratres ff. de verb. oblig. col. antepen. versi. nam licet diuisio. Idem Iason in l. voluntas, C. de fideicõm. Felin. in c. quæ in Ecclesiarum de const. n. 89. vers. octaua declaratio.* Vbi loquitur in terminis Clement. *plures, de iure patron.* vbi gl. *verbo Libere,* prius tenuit hanc opinionem, & idem tenuit glo. *in cap. nemini. 16. q. 7.* quæ opinio verissima est, vt nimirum in hac specie cum alter patronus cõpatrono relaxat ius patronatus, requiratur Episcopi consensus aut confirmatio. 24

Facit † ẽt simile ex emphyteusi: nã plures emphyteutæ possunt quoq; inter se quocunq; titulo alienare, sine dñi consensu, nec in ea alienatione domini consensus requiritur, aut approbatio, per text. *in l. Voluntas, C. de fideicommiss.* vbi heredes prohibiti, per testatorem alienare, possunt tamen inter se donare, & alienare, quod tradit Iason *in l. qui Romæ §. duo fratres, ff. de verb. obl. ad fi. vers. primo quod plures,* & ante eum tenuit ibi Bart. Quin imo plures emphyteutæ possunt quoq; inter se emphyteusin diuidere sine dñi consensu. Testatur cõmunem sentẽtiam Alex. & Aret. *in d. §. duo fratres, idem Bart. in l. cum his §. si vnus. ff. de transact. & in l. & tacito in prin. ff. de cond furt. & Ant. de Butr. cons. 37. vise puncto. & instru.* & rationem assignat *Ias. in d. §. duo fratres, vers. nam licet diuisio.* 25

26 Idem † quoque videmus in pluribus feudatariis, qui poſſunt inter ſe diuidere feudum commune ſine domini conſenſu, *c. Imperialem, §. preterea ducatus, & ibi Bald. & alii. de prob. feud. alien. per Fed. Spec. in de feud. §. quoniam, verſ. 318. Ioan. Andr. in rub. illius tit. de feud. col. pen. gl. & Bart. in l. communi diuidũdo. ff. commun. diuid. gl. & Bal. in l. in familiæ, C. fam. Herciſ. gl. fin. in c. licet de verb. & videndus Phil. Port. conſ. 165. n. 16. & 26. & 31. & conſ. 145. nu. 18. & Celſus conſ. 84. & conſ. 88. n. 16.* faciunt quæ tradit Curt. iun. *in tract. feudorum. 4. p. ex quib. cauſ. feud. amitt. n. 149. fol. 462.* quãdo vnus agnatus vẽdit partẽ ſuam feudi antiq. alteri agnato, vtrũ ille, qui acquiſiuit dictam partẽ, teneatur petere inueſtituram a dño, infra annũ & diẽ.

27 Quarto † limita, quando dominus ipſe directus, non eſt minus potens, quam ipſe nominatus, in quẽ emphyteuſis trãslata eſt, quoniam tunc ceſſat prohibitio, & domini directi detrimentum, *vt in l. fin. C. de iure emph.* tentauit Salyc. & ibi Iaſ. *n. 99* hanc comprobans ſententiam, ex auctoritate Baldi, & Salyc. *in l. 2. C. ne liceat potent.* reſoluentium ceſſare illius tituli fraudẽ, quando alienatio rei non eſt facta in potentiorem me: licet ille ſit cedente ſeu alienante potẽtior. Ceſſat n. ex æqualitatis ratione fraudis ſuſpicio, argu. *l. ſedet miles. 10. poſt prin. ff. de excuſ. tuto.* ibi. *Coæqualitas enim honoris militia fortior videtur omni militum priuil.* facit tex. *in l. non ſolũ, 68. ff. de ritu nupt.* vbi Triphoninus ita ſubdit, *quia par affectionis cauſa, ſuſpitionem fraudis amouet,* tradunt DD. *in l. parentes. C. de teſtib. Hippol. in l. 1. §. cum quis latrones. n. 19. ff. de quæſt. & in l. de quæſt. eodem tit. in princ.* Fouet hanc partẽ notabilis Pauli ſententia, *in l. 1. C. ne lic. potent.* reſoluentis traditionem, de qua ibi, quæ habet procurãtem patrocinium hominis potentioris, ad terrendum aduerſarium, cauſam perdere, non procedere, quando aduerſarius illi eſt æque potens, quoniam æqualitas perſonæ, ſubmouet fraudis ſuſpitionem, de qua ibi, & aduerſarii terrorem. Sic ergo in ꝓpoſito potentia noui emphyteutæ, etſi prioris excedat poteſtatem, dummodo non ſuperet dominicam, nocere illi non poteſt.

Ego tamen in hac re ſemper contrarium verſus eſſe cenſeo. Conſidero enim rationes, quibus ſupra Dd. communiter reſpondent, potentiorem nominari nõ poſſe, ne quo modo, ſi rem vindicare oportuerit, deterior in exigenda penſione, & re ipſa recuperanda fiat domini directi conditio: hoc etiam caſu militare, ac procedere Siquidem nemo inficiabitur, maiori cum difficultate, exigi penſionem, rẽque vindicari poſſe a milite, quam plebeio, etſi miles ſeu nobilis quiſquam dominus directus ſit a clerico, quam a laico, & ſi clericus dominus directus ſit. Quamobrem Dd. communiter, *in c. potuit, de locato,* ad emphyteuſin Eccleſiaſticam Eccleſiam nominari aut eligi poſſe negant. Vnde licet Iaſ. *in l. fin. C. de iure emphy.* hunc articulum indeciſum reliquerit. *n. 99. cum ſeq.* ego firmiter eam tueor ac defendo, & in praxi obſeruandam cenſeo.

28 Sunt † & quędam aliæ perſonæ, quæ nominari ad emphyteuſin prohibentur, & ab electione penitus arcentur: inter quas inimicus domino directo, præſertim cõnumeratur; Is enim ex præſumta domini voluntate nominari nõ poteſt, quoniam de illo minime ſenſiſſe credendum eſt. *l. Lucius 88. §. Lucius, ff. de legat. 2.* vbi libertis ſuis defunctus alimentorum nomine decẽ ſingulis menſib. ꝓſtari mãdauit in hęc verba: *Quiſquis mihi heres erit ex odioſis libertis meis, quos hoc teſtamento manu miſi, & quos ante habui, quoſque vt manumittantur petii, alimentorum nomine, in menſes ſingulos, certam pecuniam dato.* Quæſitum an per hæc verba generalia Damæ & Pamphilo libertis, quos teſtator ante biennium mortis ſuæ de domo dimiſerat, & cibaria, quæ dabat, præſtare deſierat, fideicommiſſum deberetur? Et reſpondit Scæuola, ſecundum ea, quæ proponerentur ita deberi, ſi ii qui peterent, manifeſte docerent, eo animo circa ſe patronum, cum teſtamentũ faceret, eſſe cœpiſſe, vt iis quoq; legatũ dari velit, alioquin nihil ipſis ꝓſtandũ fore. Intellexit ergo ibi Iureconſultus, in generali ſermone eos libertos demeritos, qui defunctum offenderunt, minime contineri. Quamobrem Dynus Bart. & alii, generalem hanc deducũt concluſionem, ſcil. quod conceſſio generalis & gratuita, non includit cõcedenti odioſos, vel eos, qui illum offendorunt. Vnde per illũ tex a fideicõmiſſo dãdo agnatis, aut ꝓximiorib. de familia excludi odioſos, aſſerit nouiſſime Simon de Prætis, *in tract. de interpret. vlti. volunt. lib. 1. dubio. 2. ſolutio. 4. n. 10 fol. 101.* quoniam ab inimicitia ſumitur iudicium voluntatis teſtatoris, ad reſtringẽdum, & adimendum legatum, aut fideicommiſſum. Qua ratione in fideicommiſſo dando illi de parentela, maſculina, etiã quod ſit de ꝓximiorib. vel æqualib. in gradu, ob inimicitiam, & odiũ cũ teſtatore, excludendum firmat Soci *conſi. 37. viſo teſtamento. col. 4. verſ. 1. quia vol. 3. idẽ per Cornũ conſil. 229. vol. 2. verſ. tamen his non obſtantib. vol. 3. & Alex. in repet. §. quidam recte, n. 91. l. Gallus, ff. de lib. & poſthum. Menochius conſil. 30. n. 15. & 16. vol. 1.* quoniam in generali ſermone ad perſonas relato, perſonæ teſtatori odioſæ non includũtur, *p d. §. Lucius.* Quod fundamentũ verũ eſt, & ſufficere ad victoriã, in caſu de quo in d. conſi. quęrebatur. Idem in fideicõmiſſo dando illi, quem heredes, aut alius nominauerit, nõ poſſe nominari inimicum teſtatori per d. tex tradit Soci. *in l. vtrum §. cum quidam. col. 3. verſic. tertio ro ta. de reb. dubiis.* Item in fideicõmiſſo verificato, ob caſum ſequutũ, alienationis factæ, cõtra ꝓhibitionem teſtatoris, vt nõ debeat dari illi, ad quẽ res alienata ꝑuenit, eo, quod teſtatori odioſus ꝑſumatur, adducit Iaſon. *conſi. 124. viſo teſtamento. Ser. Anto. col. 3. & ſic, & ſi diceretur, vol. 4.* motus per illud, quod decidit Aretinus *conſi. 67. diligenter & mature, dubio. 3.* Inobediens teſtatori etiam effectus eſt eius odioſus, *Alex. conſi. 136. col. fi. vol. 1.* quia diſpoſitio teſtatoris ſemper interpretanda eſt, vt non comprehendat teſtatori odioſos, *per d. § Lucius, tradunt Bald. & Imol. in l. ſi ab hoſtibus, §. ſi vir. ff. ſol. matr. & Bald. in cap. 1. de præſumt.* idem etiam per illum tex, *in d. §. Lucius,* arguit Ioan. de Anan. *conſil. 80. viſis & intellectis ad fin. verſic. circa vero aliud.* quod tutor ob commiſſum dolum, debet priuari legato, quod ideo datur ob meritum, & ob demeritum eo priuari debet, allegando Paulũ, Cynũ & Bald. *in l. altione, ad fin. C. de tranſactio.* per regulam ſumtam ex *d. §. Lucius,* & probat Baldus *in l. in ipſius. in fin. C. famil. herciſc.* idem *in l. pen. § mater ff. de legat. 2.* dum ſubdit, verba etiam per modũ cõſilii, in odium ꝓcedens alicuius perſonæ ꝓlata, interpretari, eſſe diſpoſitiua, q; non eſſet, niſi in odiũ ſic eſſet dictum, *vt per Doctores, in d. §. mater.* Quæ regula de odioſis, excludendis ex verbis generalibus, ita vera eſt, quod procedit etiam in priuilegiis, quæ latiſſime interpretanda ſunt, *vt per Bald. in l. ex teſta-*

mentum

mentu ff. de test. am. mil. & per Alexan. cons. 87. in causa mota ad pri. libr. 3. & in aliis casibus plures adducit, *Aymon cons. 256. versic. quinto adduco. & cons. 284. col.* & videtur etiam procedere in descendentibus a tali odioso, per regulam adductam a Decio, *cons. 289. nu. 6. & cons. 472. n. 6. & 7. Curt. iun. cons. 157. nu. 3. Aymon cons. 163. n. 5. & clariss. a Paris. cons. 20. nu. 47.* Quod quidem in tribus intelligendum est, vt declarat Bar. *in l. liberorum. sub n. 16 ff. de verb. sign. Bald. in l. maximum vitium. C. de lib. præt. nu. 2. & sic non obstat. Simon de Prat. in tract. de interpr. vlt. vol. lib. 1. dub. 2 sol. 4. n. 12. fol. 101.* Vnde Bald. *in d. c. fin. c. 1 de præsumt.* eleganter probat, quod summus Pontifex demeritis, & indignis nunquam videtur prouidere voluisse. Quo fit, vt in præfationibus apostolicorum diplomatum seu bullarum, continuo virtutum, & meritorũ impetrantis fiat mentio. Demeriti enim, & odiosi semper videntur exclusi *l. testam. 32 ff. de manum. test.* ibi: *quibusdam autem per offensam exclusis, res ista in libertatem veniunt*, sequitur Palatius *in rubr. de donat. inter vir. & uxor. §. 70. nu. 18* Actus enim actiuorum, *teste Arist. in 2. de anima.* sunt in patiente bene disposito habetur *in c. venerabilem, de elect. tex. in l. fin. C. de pact. inter emto.* ibi: *Forsitan enim multum eius intererat, ne ei vicinus non solum, quem nollet aggregetur, sed etiã pro quo specialiter interdictum sit.* per quem text. gl. *in ca 1. in prin. de prohib. feud. alien. per Fede.* instabiliter voluit. habentem licentiam a domino vendẽdi feudum vel emphyteusin, non posse eam domini inimico vendere, quod ibi probat Bald. *num. 13. & Præpos. 4.* & comprobat elegans Iureconsulti responsum, *in l. cum quidam 24 ff. de legat. 2. ibi petere posse aut eos, qui non offenderunt.* & ibi obseruant omnes. habentẽ potestatem eligẽdi vnum de familia, non posse inimicum testatori defuncto eligere, aut nominare, vt ibi post alios aduertit Peralta *nu. 4.* & Menesius *nu. 14.* Idem quoque probat Peralta, *in l. vnum ex familia, §. 1. nu. 4. ff. eod. post Paul. sbed. n. 2. & etiam Seguram. in § sed si fundum fol. 49. col. 1. ad fin. cum seq.* Adstipulatur notabilis Baldi sententia, *in c. 1. §. porro, nu. 2. & 8. quæ sit prima caus. ben. am.* asserentis dominum posse priuare feudo vasallum ex eo dumtaxat, quod pro inimico eius, se fideiussorem exhibuerit, aut vadem præstiterit, qui tamen dominum criminaliter accusset. quod ibidem probant Præpos. *ante na. 2.* & Affl. *34.* Conueniunt etiam ea, quæ habentur, *in l. 3 § fin. cum l. seq. ff. de adim. legat.* & per Bart. *in extrau. ad reprimendum verbo, videbitur, casu 2.* vbi præcitatæ *l. cum quidam*, meminit, & per eam voluit, in festum, & inimicum domini eligi neutiquam posse, & late exornat Burgens. *lib. quæst. ciuil. q. 3. a n. 30. Pelaez. lib. 1. Maioratus. q. 48. sub n 33 & lib. 2. q. 1. n. 36. ad fin.* vbi *n. 52* multa congessit in fauorem amicorum, quod censeantur vocati, quia dilecti. Faciunt deniq; quæ in præcedenti libr. adnotauimus, illegitimos nominari ad ecclesiasticam emphyteusin non posse, quia de illis, Ecclesiam sensisse, minime credendum est. Resolutio. Sit igitur, idque verum esse mihi semper persuasi, inimicum domini, ad ecclesiasticam emphyteusin eligi nõ posse, vel nominari. Quam sententiam etiam legendo tuebatur Illustris Doctor quondam Conimbricensis Academiæ Gonçal. Vasfc. Pinto *in l. vnum ex familia, §. 1. de legat. 2.* Vbi id nominatim docuit, ita obseruandum fore, cui addo Ripam *in l si C. de reuoc. dona. in prin.* Videntur tamẽ prædicta non procedere, quando omnes inclusi in verbis generalibus, pariter essent odiosi testatori, aut vnus solus, & ipse odiosus reperitur, in quo possint verificari verba ipsa generalia: quæ, vt non sint sine effectu operandi, comprehendunt eos, qui reperiuntur quales sunt, per text. *in l. studius qui locatus. ff. de fundo instructo, cum l. seq. tradit Bald. in d. l. in ipsius.* cum aliis allegatis ab Aymon. *cons. 162. n. 4. & cons 217. col. fin. vers. postremo, cum aliis ad l. si quando in prin. ff. de legat. 1. & in cap si Papa, de priuilegiis in 6. tradit nouissime Simon de Prat. in tract. de interpret. vltim. volunt. lib. 1. dub. 2. solut. 4. num. 12.* & sic limitatamen.

29 Ceterum † si suprascripta referes, ad inimicum capitalem, vtique respondendum est, eum nominari non posse, siue inimicitia ante concessionem factam, & datam nominandi potestatem, siue etiam post, orta sit; Non est enim verosimile, directũ dominum, sub verborum inuolucro, & generalitate, facultatem nominandi personam, quam ipsemet si illius memor, aut interrogatus fuisset, minime nominasset concedere voluisse, *argum. not. in c. accedens in 2. vt lite non contest.* quod notabiliter explicat Peralta *in d. l. cum quidam, ff. de legat. 2. n. 6.* intelligens hoc casu procedere, quod Baldus vtiliter probat, *in l. id quod pauperibus, q. 23. C. de Episc. & cler.* resoluens executorem testamento constituto ad distribuendas pecunias inter pauperes ab eo eligendos, eligere non posse pauperem defuncto inimicum. Vbi tamen de inimico capitali locutus intelligendus est. Hæc autem inimicitia, quemadmodum ad reuocandum legata iam facta potens est, *vt in l. 3. §. si. cum l. seq ff. de adim. leg.* ita & multo magis electionem de nouo faciendam impedire debet. *argument. not. in l. patre furioso. ff. de his qui sunt sui*, iuuat bonus text. *in l. inimicitia capitales, ff. de his quib. vt indign.*

30 Ceterum vbi inimicitia capitalis non est, vt Baldo, Paulo, & Peraltæ *d. l. cum quidam, num. 6.* placuit, distinguẽda sunt tempora, vt tũc demum nominari huiusmodi inimicus nõ possit, si post emphyteusin concessam, inimicitia contracta est: aliter si prius illa fuit exorta, nominato non nocebit, quasi a domino remissa, qui postmodum ea non obstante, liberam non concessit nominãdi potestatem. Tradit Molina *in tract. de primog. Hispania, lib. 1. cap. 9. nu. 1. cum seq.* intelligẽs hoc verum esse, & probandum, vbi inimicitiarum caussa, concedentem potestatem nominandi nõ fefellit; Est enim hoc casu quod illi imputandum sit, quoniam nihilominus generaliter nominandi facultatem dedit: quocirca illatam iniuriam, & offensam remisisse videtur.

31 Præsertim † si contritus & confessus iam decessit, quo casu omnis iniuria remissa dicitur, *ex traditis in §. fin. Instit. de iniuriis, Doctores in l. non solum, §. 1 ff. eod. tit.* ne immemor ẽ salutis æternæ obiisse fateamur, quod minime præsumendũ est, in homine, cuius scopus Christus est. *per tex. in l. 3. §. si quis moriens. ff. ad Sillan. l. fin. ad fin. C. ad leg. Iul. repet. tradit Corn. verb. testator, in fin. memor & Carrerius in sua prax. fol. 219.* Ita notabiliter hæc definit Bald. *in l. id q. pauperib. C. de Episc. & cler. q 22. n. 34. & illũ sequitur Greg. Lopez, in l. 32. tit. 9. par. 6. verbo no valdra. col. 6. vers. sed adnerte.* & Peralta transiens cũ Bal. *in d. l. cũ quidã. nu. 7 vers. & primo casu.* intelligens id verum, etiamsi inimicitia sit capitalis: videtur enim remissa: & consequenter, vt Greg. Lopez ait, impediri nominatio non potest. Et postremo eãdem opinionẽ tenet nouissime doctiss. Simon de Prat *in tractatu de interpret. vltim. volunt. libr. 1. dub. 2. solut. 4. numer. 12. ad fin. fol. 102.* Vbi

asserit, quod quando quis est simpliciter odiosus, si testator decesserit contritus & confessus, præsumitur odium remisisse in extremis suis, & quod ita debet articulari & probari, eum decessisse in hoc statu, & tunc hunc odiosum admitti ad commoda relictorum per testatorem.

32 Qua tamen in † re, nisi me mea fallit opinio, contrarium obseruandum censeo. Nam etsi verum sit, ex pia iuris præsumtione, ab eo, qui contritus, & confessus decessit, iniuriam remissam videri, iuxta illud orationis dominicæ sacrum eloquium: *Dimitte nobis debita nostra, sicut & nos dimittimus debitoribus nostris*, non tamen inde deducitur, testatorem, alium de se male meritum, a quo iniuriam, & offensam acceperit, posse eligi, aut nominari. Quoniam offensus non obstante pœnitentiali remissione, potest agere iniuriarum, ad interesse, & iudicialiter suũ ius persequi. Vt cum communi resoluit Iason, *in l. si tibi decem, §. quadam, num. 2. ff. de pact. gloss. Doctores in cap. si quis contristatus, 90. distinct. Panormita. in c. 1. col. 2. de iureiurand. Bart. in l. non solum, §. 1. ff. de iniuriis, Alex. num. 4. Ias. 16. in l. 1. ff. de pact.* Quamobrem reprobari communiter glossam fin. *in §. fin. Instit. de iniuriis*, asserẽtem, ea remissione pœnitentiali prorsus esse exstinctam iniuriarum actionem, testatur Alexand. *d. l. si tibi decem. §. 1. ff. de pactis, & ibi Iason, numero 2.*

33 Nisi † eam glossam, & forte rectius intelligas, in plena remissione facta per verba, quæ inter viuos plenam remissionem operantur, ac inducunt. Quo casu, si recte perpendas, ea glossa loquitur, & illius sententiam admitto, quando non solum rancor, sed iniuriarum quoque actio remissa est, vt ibidem resoluunt Faber, & Angel. Bartol. *in d. l. non solum, §. 1. num. 2. ff. de iniuriis*, tradit Felyn. *in c. inter quatuor. de maior. & obed. & ibi ad. 10. nu. 7. & Puteus in tract. de syndica fol. 102.* Sed neque hoc casu admittere possum, quod cum Bald. Greg. Lopez obseruauit, eo ipso posse offendentem eligi, & nominari, quoniam paucos, quos æquus amauit Iupiter, aut ardens euexit ad æthera virtus, id vnquam fecisse comperimus. Quamobrem, quod dominus secũdum communiter contingentia nõ fecisset, nec ipsemet emphyteuta de propriis bonis non erat facturus, illi permitti non debet, vt docet Iureconsultus, *in l. 1. ff. de soluto* ibi: *Æquissimum enim visum est, creditorem ita agere rem debitoris, vt suam ageret.* Et consequenter inimicum, & offendẽtem, tanquam indignũ, & de quo dominus non cogitauit, prætermittere debet, *per supra scripta.* Quod ita in specie resoluendum obseruauit, Molina *de primogen. Hisp. lib. 2. cap. 5. n. 11. & seq.* quo tamen in loco Baldi sententiam in suo casu obseruandam credit: & merito.

Denique † hæc intelligenda sunt, nisi emphy-
34 teuta liberam eligendi, seu nominandi facultatem habeat, vt Iureconsultus docet, *in d. l. cum quidam, ff. de legat. 2.* ib: *Volo restituas libertis meis, quibus vobis, Marcellus putat, heredem posse etiam indignum præferre.* & sic eum qui offendit, vt ibi exponunt Bald. & Paulus, atque etiam Bartol. d. verbo *Videbitur, in extrauag. ad reprimendum. casu. 2. Peralta. d. l. cum quidam. n. 6. & Padilla, nu. 14. Peralta etiam in d. l. vnum ex familia, §. 1. nu. 5. eod. tit. & prius Segura ibidem in §. sed si fundum, fol. 49. col. 1. in fin. & Loazes in l. filiusfam. §. Diui. n. 82. ff. de legat. 1. & Molin. de primog. Hisp. lib. 2. cap. 5. n. 7. cum seq.* Iuuat quod diximus, *q. 19. nu. 26.* *in tract. de nominat. emphyteu.* habentem liberam nominandi facultatem, posse etiam spurium nominare.

Caue † tamen, quoniam hoc in leui tantum ini- 35
mico intelligendum est, non capitali: is enim nunquam nominari potest, etsi amplissima nominandi facultas emphyteutæ tribuatur. Vt nominatim voluit Simanus, & Angelus, *in d. l. cum quidam ff. de leg. 2.* sic intelligens textum ibi, & eos secutus Peralta, *num. 6.* & Padilla, *ante num. 15.* Molin. *de primog. Hisp. lib. 2. c. 5. nu. 10. & seq.* opinatus, existente capitali inimicitia, ad rem minime facere, ante, vel post cõcessionem factam, illa exorta fuerit, confessus nec ne dominus decesserit. Quam ego sententiam probo
ex supra dictis. 36

Restringenda † est superior resolutio, quoties iam dominus ipse directus inimicitiæ caussam præstitit, vt notabiliter admonuit Paulus, *in l. cum te, in me. 13. C. de inoffic. testam.* & habemus pulcram Bartoli doctrinam, *in leg. cum secundum tabulas, §. 1. in fin. ff. de his quib. vt indign.* firmantis regulam, *l. 3. §. fin. ff. de adim. legat* quatenus probat, per subortam inimicitiam, inter legatarium, & testatorem, legatũ in testamento relictum reuocari, non procedere, quãdo testator inimicitiarum caussam dedit, quoniam tunc non est quod legatario imputari possit. Quod Bartolus commendat, & laudat Romanus *singul. 196. probant Alexand. & Barbat. ad Bartolum, in d. §. fin. l. 3. ff. de adimen. legat. addit. 1. & Crotus*, cuius meminit Loazes, *in l. filiusfamilias §. Diui. ff. de legat. 1. num. 122.* & hanc Bartoli sententiam sequitur nouissime Simon de Prætis, *in tract. de interpret. vltim. volunta. lib. 1. dubio 2. fol. 4. num. 14. fol. 102.* vbi eam latissime a Iasonis impugnatione defendit, vsque *ad numer. 25.* & videtur pro Bartoli sententia text. *in d. leg. cum secundu. 16. §. 1. ff. de his quibus vt indign. §. 1.* Vbi quidam patronus volebat libertam suam in concubinam habere, quæ se patroni concubinam esse passa non est, eo quod patronus aliam habebat, dubitabatur, an eo ipso, quod illa alii nubere non dubitauerit, legatum foret reuocatum? Et respondet Iureconsultus legatum reuocatum non fuisse, ibi: *Quod testamento relictum est, alio non denegabitur.* Et est ratio secundum Bartolum, quoniam in hac specie, liberta stuprum non commisit, nec vllam patrono offensam fecit. Quapropter, quod ægre tulerit patronus, concubinatum iniustum procurans, sibi imputare debet; Iura enim non intelligunt eũ, qui incaute se credit offensum, legatum reuocasse, nisi id expresse faciat & nominatim reuocet. Quo argumento in proposita specie, necessario respondendum est, iniustam domini querelam nominato neutiquam nocere posse, quemadmodum in casu *d. §. 1.* inimicitiæ inter legatarium & testatorem prouenientes, absque legatarii culpa, eum legato non priuant, *vt idem deducit Bartolus.* Vlterius considerandum est, illum text. *in d. §. 1. sub tit. ff. de his quibus vt indign.* collocatum esse, atque ita intelligendum fore, *per l. Imperator, ff. ad Sen. Trebel.* Cum enim sub dicto titulo ponantur caussæ, quibus quis hereditate, legato aut fideicommisso priuari debeat, vel non priuari, merito Iureconsultus constituit illum text. quo deciditur, libertam legatariam, alioquin debentem, absque eo, quod cum ea stuprum committi dicatur, præstare patrono cõcubinatum, & hunc patrono denegantem, habenti aliam con-

cubinam, nõ amittere legatum ab eodem patrono sibi relictum, quod amitteret ex denegatione illa, vt lex illa titulo congruet, si patronus non haberet aliã concubinam, *vt ibi sentit glossa*: quia omnino liberta tenetur patrono præstare concubinatum, cum honestius sit, vt liberam concubinam habeat, quã matrem familias, per text. *in l. 1. ff. de concubin.* quæ ideo priuando eum tali concubinatu, infert ei iniuriam, *l. aut prætor §. permittitur. ff. de minoribus, & l. 1. in prin. ff. de iniur.* & maxima iracundia, & iniuria sua reputaretur, ad furorem præsertim rei Venereæ ablato sibi iure suo: ita quod hæc satis induceret tacitã patroni voluntatem reuocatoriam legati facti tali libertæ, sic recusanti, vt sentit tex. *in d. §. 1.* a contrario sensu, si patronus non haberet aliam concubinam. Ergo iste patronus de iure non valens habere duas concubinas, *vt per glos. ibi.* culpa sua patitur hanc iniuriam, & libertæ non debet adimi legatum, & ita vera est sententia Bartoli, quod propter inimicitiã, sine culpa legatarii interuenientem, non reuocatur legatum, vt eleganter explicat Simon de Præis *de interpret. vltima voluntatis, lib. 1. dub. 2. solut. 4. num. 11. fol. 102. col. 2.*

17 Fulcit † hanc sententiam casus pulcer. *in l. filio. 31. §. Seia. ff. de adimen. legat.* vbi notat Bartolus, eum, qui accusat testatorem de crimine capitali, videri sibi capitaliter fore inimicum: ac proinde ei legatum ademtum videri. Ibi enim Seia testamento suo, Titio auri pondo quinq; legauit, is Titius postea Seiã accusabat, quod patrem suum mandasset interficiendum: Seia post institutam accusationem, codicillos confecit, nec ademit Titio legatum, & ante finem accusationis decessit, acta caussa. Seia tanquam innocens absoluta est, ac pronuntiatum est, patrem Titii, scelere Seiæ non interemtum. Quærebatur, *cum legatum quod testamento dederat, Titio codicillis non ademerit, an ab heredibus* Seiæ Titio *debeatur?* & subdit Scæuola. *Respondit, secundum ea quæ proponerentur, non deberi.* Quare contrarium vtique Iureconsultus respondisset, si Seia vere criminis rea fuisset, & iuste a Titio foret accusata: quoniam tunc sibi, non Titio, inimicitiarum caussa, quam ipsa subministrauerat, absque dubio erat imputanda. Aduerto autem ibi Iureconsultum loqui eo casu, quo Seia post iniustam accusationem codicillos fecit, nec legatum Titio accusatori relictum in testamento reuocauit; in quo illud responsum notabile est, pro ampliatione *ad l. 3. §. fin. ff. de adim. legat. vt per Aretinum. consil. fin. num. 5. Ias. in auth. ex caussa, C. de liber. præter. post num. 5. Decium consil. 490. num. 9. & Gerardum sing. 5. Cottam in memo. verbo Inimicitiam. Palatium in rub. de donatio. inter virum §. 78. num. 17.* Conuenit non dissimile Vlpiani Responsum, *in l. Papinianus 8. §. meminisse. ff. de inoff. testam.* vbi Iureconsultus. *Qui testamentum (inquit) inofficiosum improbe dixit, & non obtinuit, id quod testamento accepit, perdere, & id fisco vindicare, quasi indigno ablatum.* Comprobat elegantius eiusdem Vlpiani responsum, *in l. qui cum 14. in fin. ff. de bon. liberto.* ibi: *Sed & si accusauerit libertum, & probauerit crimen patroni filius, postea; hic libertus sit restitutus, nõ erit repellendus, crimen enim quod intendit, etiam perfecit.* Ex quibus proculdubio cum Bartolo resoluendum est, tum demum superuenientes inimicitias, nocere, quando illis legatarius ansam præbuit, non vero si illas excitauit defunctus, aut dominus directus. Quam sententiam tenuere plures alii Bartolum secuti, quorum meminit Cotta in memorab. Verbo. *Inimicitia*, firmans communem, & inducens in huius rei fauorem, quod alibi post Dynum voluit Bartol. *in l. miles, §. fin. ff. de adulteriis*, legatum nempe relictum fratribus prædicatoribus: *Si testatorem in suo monasterio sepeliri curauerint*, eisdem fratribus deberi, si per testatorẽ ipsum stetit, quominus sepeliri in eorũ monasterio posset. Veluti si quis sibi mortem consciuit, aut aliter se Ecclesiastica sepultura indignum fecit, *sequuntur Alexand. & Ias. in l. 1. C. de institut. & substitutio.* & quidam alii a Cotta citati, quibus addo Palatium, *in dict. rubric. § 78. post nume. 27.* Inducit etiam Bartolum, *in l. non distinguemus, 37 ff. de arbitr. §. cum quidem*, limitantem textum ibi, non procedere, quando recusans iudicem, caussam dedit inimicitiæ, quoniam audiri non debet.

Nec † minus ad rem facit quod tradit Palatius, *in dict. rubric. §. 64. num. 6. cum sequent.* vbi resoluit, alimenta extra domum præstanda fore, quando is, qui ea præstare debet, inimicitiarum caussam dedit, propter quam alendus, intra domum commorari non potest, quæ fuit sententia Iserniæ, de quo ibi. per Palatium, & Socinum. *libr. 2. consil. 286. Rebuffus, qui in vxor oloquitur, 1. Tomo legum Francia, pag. 275. num. 26. Iacob. Machel. patrocinio. 47. nume. 8. Palatius dict. §. 64. num. 9 & 10. & in cap per vest. §. 39 num. 4. & 5.* text. ad hoc elegans, *in dict. l. deinde. 3. ante versic. in hoc ff. de liber. exhib.* ibi: *Obtinuit enim mater ob nequitiam patris, vt apud eam filius moraretur.* Commodat Angel. *in §. in summa, in fin. Institut. de interdict.* Aretinus, qui ad alimenta teneri patrem hoc casu probat, *in l. quidam cum filium. notab. 1 ff. de verbor. obligatio.* Vbi amplius probat, hæc alimenta filio præstanda, licet ille nequam sit, & a patre ex propria culpa diuertat, cuius contrarium obtinet in vxore, *ex Palatio. d. §. 64. num. 10. cum sequen. Segura in l. vnum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legat. 2. colum. 7.* Et est in promtu differentiæ ratio, quoniam filius a patre diuertens, in nihilo patri circa patriæ potestatia iura nocet, *vt in d. l. 3. ff. de liber. exhiben.* Iureconsultus docet, ibi: *Sine diminutione patria potestatis.* Quapropter, quicquid interim acquirit, patris est, *iuxta regulam. leg. placet. ff. de acquir. heredit. & in l. 1. C. de bon. mater. & l. cum oportet, C. de bon. quæ liberis.* Sed contrarium obtinet in vxore, quæ a marito separata, sibi, non illi laborat, & acquirit, *Baldus in leg. si vxor, num. 6. C. de condictio. indebiti. Palatius dict. §. 64. num. 11. Segura dict. §. sed si fundum, colum. 7. cum sequent.* qua ratione a marito diuertentem vxorem sua culpa, maritus alere non compellitur, *Palatius d. §. 64. num. 9.* & est ad id glossa notabilis, *in l. fideicommissum, C. de fideicommiss. Bald. in cap. ex parte, ad finem, de accusatio. & in cap. significasti, gloss. 1. de diuortiis, tradit post Socin. & Afflict. decisio 10. Rebuff. 1. tomo ll. Franc. pag. 273. numer. 16. & 20. Tiraquell. de retract. §. 10. gloss. 1. num. 14. & gloss. d. cap. significasti, & Molyn. de primogen. Hispan. lib. 2. cap. 15. numer. 74.* vbi probat, vt ista alimenta extra domum præstari debeant, sufficere litem motam, aut exortas inimicitias: non sic, si culpa mariti fiat diuortium, *tradit Corduba in tractatu de alimentis, in § si quis a liberis, num. 210 ff. de liber. agnoscendis, fol. 136.* 18

Non † minus etiam iuuant, quæ a iuris Pontificii hypomnematographis traduntur, *in cap. ad audien-* 19

ciam. de cleric. non resid. & in cap. vni. eod. tit. in 6. resoluentibus, sua culpa non residentem, seu diuinis officiis oon interessentem, suas non facere quotidianas distributiones, tradit Couarr. *lib. 3. resol. cap. 13 n. 8.* quod nos latius lib. nostro qq forens. & controu. ciuil. summus prosecuti, super interpret. *l. cum heres, §. fin. ff. de statu. lib.* Ex quibus proculdubio id videtur obseruandum, nominato ad emphyteusin, inimicitias, quarum dominus caussam dedit, non nocere.

40 Sed † in proposita specie contrarium probabilius videtur, & facili quidem negotio defendi potest ex auctoritate glossæ adhoc singularis, *in l. athleta 8. §. 1. ff. de excus. tuto.* iuncto textu, quatenus probat, inimicitiam a tutore dato caussatam, illum ab onere tutelæ excusare, ibi: *Dat remissionem tutelæ, & capitalis inimicitia, a creato facta aduersus patrem pupillorum.* Ea ponit ibi Accursius, id est, *nam a tutore*, & consequenter a quauis parte, illa excusetur. In quo illam gloss extollit Bald ibi, & est, communiter recepta *secundum Alex cons. 99. num. 5. vol. 1. Ias. in l. si filiam. C. de inoff. test. an in princ & in l. hereditas C. de his quibus vt indign. ante num. 4. Hippolyt. in l. 1. §. cum quis. ff. de quæstion. num. 17* & eam gl. ssm alios referens, dixit singularem, Cotta verbo *Inimicitia, versic. tertio mouetur.* Nun enim mihi minus ioimicus est quem ego offendi, quam qui me ipsum iniuria affecit, *vt cum d. gloss. præfati auctores intelligunt.* Quare contra Bartolum hoc ita fore resoluendum, obseruauit Iason, *in d. locis.* (Falsum existimãs dictum Bartoli, *vbi supra*) cuius sententiam probat Gerhardus *singul. 5. Ripa in cap. 1. num 14. de iudiciis,* qui latius prosequitur, & fulius, *Palatius, in §. 78. num. 24. cum seq.* vbi ante *num. 18.* Iason secutus Bartol. improbat, quasi loquentem contra textum, quem dicit expressum *in d. l. 3. §. fin. cum l. seq. ff. de adim. legat. sequitur Ripa, in cap. 1. colum. 5. de iudiciis, & in l fin. q. 45. num. 151. C. de reuo. donat. & Menchaca in tract. de success. progressu lib. 3. §. 27. nu. 9. & Ioan. de Amicis, consil. 4.*

41 Hanc sententiam † Ias. & sequaces tuentur, auctoritate Vlpiani *in d. l. 3. §. fin. cum l. seq. ff. de adim. legat.* quatenus probat reuorari legata, si forte inter testatorem, & legatarium capitales inimicitiæ suboriantur, vt ex illis verbis plane liquet. *Et siquidem capitales, vel grauissimæ inimicitiæ intercesserunt, ademptũ videtur, quod relictum est.* Quod statim iureconsult. *in l. seq.* limitat, nisi in gratiam testatoris iterum legatarius redierit, & pœnituerit testatorem prioris offensę. Perpendunt interpretes nostri illa verba *prioris offensæ*, quasi innuant, testatorem ipsum, prius legatarium offendisse: & a se commissæ offensæ pœnituisse, aliter legatarius pœnitere debuisset, vt indulgentiam testatoris iuste assequi valeret. Quocirca in eo loco Iureconsultus plane docet, inimicitia superueniente legatum reuocari, quamuis illi testator ipse caussam dederit. Considerandus est enim inimicitiæ effectus, non vnde illa processit, *vt explicant Palatius, & Ripa iam citati.* Qua ratione, nouaque Iasonis consideratione, ibi est casus formalis probans, non esse constituendam differentiam, *offenderit testator, an offensus ille fuerit.* Adest enim in vtraque specie inimicitia, & reuocationis vrgens, & sufficiens caussa. Quod & Papinianus vnice comprobat, *in l. ex part. 22. ff. de adim. leg.* vbi ea parte heres institutus, etiam legatum acceperat, *cum testator inimicitiis grauissimis persecutus, cum testamentum aliud facere instituisset, nec perficere potuisset, præteriit. Hereditariæ quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali submouebitur.* Ex quo responso apparet manifeste, testatorem offensorem extitisse, & nihilominus negant, legatarium relicta petere posse, quod ibi Bartol. ingenue fatetur, dum in fine inquit: *testatorem ibidem inimicitiis caussam dedisse;* Cuius traditionis secundum Iasonem ratio est in promtu, si consideres sola, & nuda voluntate legata reuocari, vt *in dict. l. 3. §. fin.* probatur ibi, *Et quidem nuda voluntate. & ibi notant gloss. & Doctores. & nouissime Aurpachius, lib. 4. epistol. 5.* Quæ quidem voluntas non minus potest considerari in testatore offendente, quam offenso. Siquidem in vtraque specie inimicus est legatarii, defunctus, damnum magis eius, quam commodum procurans, prout frequentius vsu euenire consueuit.

Vlterius † Iason, *in d. l. hereditas, C. de his quibus vt indign. num. 4.* prædictam opinionem comprobat, ea auctoritate Butrii, *in cap. veniens in 2. de testib. resoluentis, l. 3. ff. de testibus*, & glossam ibi: & Bartol. firmantes, inimicitiam testem repellere intelligendos esse, etiamsi recusans caussam dederit, sequitur Alexand. *lib. 1. cons. 99. Palatius in d. rubr. de donatio. inter virum & vxorem, §. 78. num. 29.* Cotta *in memor. verb. inimicitia, versi. Quartum,* dubius tamen propter eorum auctoritatem, qui contrarium tenuerunt. 42

Nec mouere † in enntrarium debet tex. *in l. cum secundis, ff. de his quibus vt indig.* quo principaliter 43 Bartoli sententiæ innititur, quoniam vt Iason, & sequaces animaduertunt, in casu illius text. non fuerunt contractæ inimicitiæ capitales. Ex eo enim, quod liberta patroni concubinatum neglexerit, neutiquam dici potest, exinde capitales inimicitias fuisse exortas omnino ad legati reuocationem necessarias, *vt in d. l. 3. §. fin. ff. de adim. leg. habetur.* Ego tamen existimo, in ea lege, solum actum, quæsitumque fuisse, *an fisco esset applicandum legatum nec ne.* Et respondit Iureconsultus, libertæ potius actionem concedendam esse, quod ex natura tituli vbique deducitur: quo circa ille tex. Iasoni nequaquam nocet. Quamobrem quia a Bartolo, cum quo est communis scribentium resolutio, non est temere recedendum, videamus, ao commode respondere possimus argumentis, & iuribus, quibus Iason, & sequaces Bartoli opinionẽ impugnare sunt conati. Restat nobis resecandum aliud veluti Hydræ pullulans caput ex text. eleganti, quo potissimum Iason conatur Bartoli sententiam euertere, *in l. 4. ff. de adim. lega.* quatenus præsupponit defunctum inimicitiarum caussam dedisse, ibi *prioris offensa pœnituerit.* Quæ verba si Cottæ adhibenda fides est dict. verbo. *inimicitia, versicul. secundo etiam adduci potest,* non importans, quod testator fuit in culpa, sed magis, vt intelligamus, semel per inimicitias reuocatum legatum, non reintegrari, nisi appareat testatorem, & legatarium ita in gratiam rediisse, vt manifesta voluntatis coniectura colligatur, eam nempe fuisse, vt extinctum legatum, & omnino sublatum, iterum suscitaretur, ac reuiuisceret, quasi non ante datum, sed nouo concessum, ex voluntatis reintegratione videtur. Quam voluntatem Iureconsultus ex eo colligendam censet,

quod

quod constat prioris offensæ testatorem pœnituisse, & illatam iniuriam prorsus remisisse. Qui sensus non omnino satisfacit. Quoniam, vt Iason, & sequaces aduertunt, plane ex illis verbis docet Iureconsultus, testatorem offendisse. Aliter interpretatur Cotta, in dicto loco referens illud verbum, *offensa*, indifferenter, tam ad testatorem quam legatarium: quod minime illi responso cohæret. Vnde & forte rectius opinor admittendam fore Iasonis interpretationem, quod IC. velit testatorem offensæ a se ipso illatæ pœnituisse: non tamen vt proinde arbitremur legatarium vere, & realiter fuisse a testatore offensum. Clarum est enim, quempiam a me dici offensum, id est, animo & voluntate priori a me abalienatum, nulla prorsus ratione, aut caussa motum. Vt probat Imperator *in l. si filiam. 19 C. de inoff. testam.* Vbi secundum verum sensum, inconsulto calore pater innocentem filiam, tanquam demeritam exheredauit, & propterea rescriptum est, illum nihil egisse. Cui similis potest considerari offensa, in casu, *d. l. 4 ff. de adim. legat.* quam sibi irrogatam potuit legatarius credere: cuius cum pœnituit testatorem, iterum in amicitiam coierunt, & consequenter legatum reintegratum est, cessante reuocationis caussa, ex vulgata regula *cap. cum cessante, de appellat, & l. adigere, §. quamuis, ff. de iure patron.* secundum quem sensum recte stat illud comparatiuum, *Prioris offensa:* quod præsupponit, secundam offensam a legatario fuisse aduersus testatorẽ comissam, propter quam inducta fuerat legati reuocatio, non propter priorem a defuncto illatam, quæ realiter nulla fuit, & si qua fuit, ea potens per se solam non fuit reuocationem inducere, nisi & testatorem secundo loco legatarius offendisset. Quæ noua obseruatio est, & non contemnenda animaduersio. Vel aliter respondeo, & clarius, non necessario ex illo textu apparere, ex qua parte fuerit facta offensa, nec etiam ex cuius culpa: Sed decidi, ex reconciliatione facta in testatorem, & legatarium reintegrari legatum. Et illa verba, *Et pœnituerit testatorem*, &c. continuantur ad rationem in text. assignatam, *ambulatoria enim voluntas*, &c. Ita proprie, & tantundem dicitur in lege, *cum hic status, §. pœnitentiam. ff. de donatione inter virum, & vxorem*, vbi dicitur & appellatur hæc suprema & vltima pœnitentia. Idem text. *in l. in ipsius, C. famil. hercisc.* vbi ex remissione offensæ, & ex meritis posterioribus, deprehenditur nouissima disponentis voluntas. Vnde per Alexand. *cons. 159. colum. fin. volum. 7.* & per Doctores passim ex iuribus prædictis, deducitur, per remissionem offensæ iniuriæ & susceptæ, induci reconciliationem cum ipso offenso, ad quem, & non ad offendentem pertinet facere pacem, & remissionem, dicit Bald. post gloss. *in l. athletæ. §. dat remissionem, versic. item ex gloss.* Quare magis tenendum videtur illa verba, *pœnituerit testatorem prioris offensæ*, intelligenda fore, offensæ scilicet susceptæ per testatorem, & non per eum legatario illatæ, vel scilicet effectus reuocationis inductæ per offensam susceptam. Pro qua interpretatione est gloss. *verbo offensam, in l. donationes, §. 1. ff. de donat.* quæ exponit, offensam respectu reuocantis donationem, in significato passiuo, & respectu eius, cui aufertur donatum, in significato actiuo, & ita secundum subiectam materiam hunc intellectum, *dict. leg. 4.* opinatur veriorem Simon de Prætis, *libr. 1. de interpret. vltim. volunt. dubio, 2. solut. 4. num. 16.* licet Iason aliud contra Bartolum existimet.

Nec † minus notabilis est illa resolutio ad *l. si filiam. 19. C. de inoff. testament.* Vbi si bene conside- 44
res, ex eo rescriptum est, inutiliter filiam fuisse exheredatam, quoniam inconsulto calore pater, ad odium incitatus, non ex demeritis filiæ illam exheredauit, vt ex verbis illius legis deducitur, ibi: *Si non consulto calore, sed ex meritis eius, ad odium incitatus es.* Ex quibus verbis plane deducitur, inconsultum calorem vitiare exheredationem iniustam scilicet, & in demeritis filiæ, neutiquam fundatam. Quamobrem miror ad id interpretes nostros non aduertisse, qui satis incaute (ni fallor) ex ea, *l. si filiã*, deduxerunt, exheredationem factam per iracundiam, etiam caussa legitima expressa, non tenere, vt post Baldum ibi obseruarunt alii Doctores, & tradit Gulielm. *in cap. Raynutius, verbo. In eodem testamento. in 2. num. 8. de testam.* quod imprimis ille text. minime probat. Imo contrarium ex diametro probat text. *in leg. in ipsius marito. C. famil. herciscun.* ibi: *Quod in seruos suos iratus testamento cauerat, vt vnus quidẽ in perpetuis vinculis moraretur, alter vero exportandus venundaretur: Proinde si offensam istam clementia flexit, nouissimam eius voluntatem arbiter familiæ herciscundæ sequetur. Præsertim cum posteriora eorum talia merita deprehenduntur, vt ira domini poterit mitigari*, & ibi Baldus adnotauit, quod præcepta defunctorum non impediuntur per iracundiam: magisque hoc probat Iureconsultus *in l. 3. ff. de liber. & posthum.* vbi per iracundiam fuisse exheredatum filium constat, & nihilominus, valere testamentum responsum fuit, ibi: *Et si cum conuitio dixerit, non nominandus, vel non filius meus latro, gladiator, magis est vt recte exheredatus sit. & si ex adulterio natum dicat.* tradit Mencbaca, *de success. creatio. §. 20. part. 2. numer. 69.* Nec sunt audiendi interpretes nostri, quatenus præsupponunt, iracundiam iusta præcedente caussa vitiosam esse: quoniam ea magis laudanda est ex *Aristotele Ethicorum, 4. cap. 5. Aulo Gellio. libr. 1. noct. Attic. cap. fin.* Pro quibus facit lex. *3. §. si mancipatus, ff. de contra tabul.* Quod etiam adnotandum censeo.

Inducitur etiam pro Iasone text. *in leg. ex parte. 22. ff eodem titul. de adim. legat.* quatenus probat, testatorem inimicitiis fuisse prosecutum legatarium, & nihilominus legatum censeri reuocatum, quasi inferendo inimicitias præcessisset culpa testatoris, & non tantum in his verbis necessario non inferentibus, testatorem fuisse, qui culpam dederit: sed etiam se fundat in verbis Bartoli constituentis differentiam inter institutionem & legatum, & in primo casu distinguentis, cuius culpa processerint inimicitiæ: inferendo, quod non sit differẽtia quoad reuocationem legatorum. Quare illum tex. Cotta, *in memor. verbo. Inimicitiæ, vers. non obstat secũdum*, conatur interpretari firmans, verbum *prosequor*, esse deponens, significationem habens actiuam & passiuam. In ea vero lege, inquit positum esse absolute. Quare intelligi potest, & debet, passiue, quasi ICtus dixerit *quo. 1 a legatario testator multis iniuriis fuit ꝓsecutus*, se-

cundum quem sensum, ille tex. communem magis, quam Ias. sentent. probat. At mirandum sane est, Cottam non aduertisse, in casu illius tex. illud verbum *prosequor* stare actiue, & non passiue seu absolute, vt ille perperam existimat, vt ex contextu palã liquet, ibi: *Ex parte heres institutus, legatum etiam acceperat, cum testator inimicitiis grauissimis persecutus, &c.* quæ verba plane subuertunt, ac labefactant, Cottæ sensum, & interpretationem. Vnde rectius dixisset, illum textum Bartoli sententiæ non obstare, quoniam & si verum sit, testatorem fuisse legatarium pluribus iniuriis persecutũ: non proinde sequitur, illũ fuisse inimicitiarũ auctorem. Verosimilius igitur est, legatarium inimicitię caussam præstitisse, quem testator deamans, heredem scripsit, & prælegatum ei reliquit, alterique præposuit coheredi, a quo amore & propẽsa voluntate citra iustam caussam recessisse vix credendum est. Quare illa verba, *cum testator inimicitiis grauissimis persecutus*, possunt retorqueri contra Iasonem, quod testator, id fecerit culpa legatarii prouocatus vera, vel quam opinatur veram, quia nemo gratis præsumitur aliquem inimicitiis prosequi, *vt notat Bald in l. cancellauerat, in fin. ff. de his, quæ in testam. delent.* ita elegãter Simon de Prętis *in elegantiss. tract. de interpret. vltim. volũt. lib. 1. dub. 2. fol. 4. numer. 18. vers. Hæc etiam sua ratio. fol. 103.* & vltra inimicitias, *in d. l. ex parte* interuenit vltimum testamentum, quod licet imperfectum, tamẽ posset sufficere ad reuocationem legatorum, *vt ibi in gloss. & Bald. in l. fideicommissum, ad fin. C. de fideicommiss.* Et ita verba *d. l. ex parte*, nihil faciunt. Nec etiam quod ibi dicit Bartol. quia quando quærit de ratione diuersitatis super illa lege, inter heredem, & legatarium, refert se ad gloss. & aliam distinctionem non prosequitur, in fine inter heredem, & legatarium, vt male præsupponit Iason, sed solum in fin. quærit, *an propter inimicitias tantum quis ab institutione expelli possit?* Et in hoc distinguit, si institutus præbuerit caussas inimicitiæ, grauissimis modis, vt ibi per eum, excluditur. Si vero testator vel extraneus caussas inimicitiæ dederit, & non ipse institutus, tunc habeat locum lex, quia non repellitur ab hereditate. *Hæc sunt verba Bartoli.* Ecce declarat, quomodo in vltimo casu habeat locum lex illa, quæ exprimit, quod institutus non repellitur ab hereditate. Ergo nulla consequentia potest fieri in verbis Bartoli, quod in casu non datæ caussæ inimicitiarum per legatarium locum habeat lex illa, excludens legatarium propter inimicitias: quia de legatario nullum verbum, in vltima quest. ibi, neq; potest intelligi in responsione, & conclusione Bartol. ibi adducta, *argum. l. si defensor, §. 1. ff. de interrog. actio.* & ne intelligeret de legato, Bartolus expressit, quia non excluditur ab hereditate, etsi recte inspiciatur facit pro dicta sua opinione, *in d. l. cum secundus, §. 1.* & ita interpretatur nouissime Simon de Prætis *libr. primo, de interpret. vlt. volunt. dub. 2. solut. 4. nu. 19. fol. 103.*

Non denique Iasonis sent. probat gl. illa sing. iũcto tex. *in l. athleta. §. dat remissionem. ff. de excus. tutor.* quoniam glossa illa speciali quadam ratione procedit, ne inimici imperio & potestati pupillus subiiciatur, quodquidem periculum multo grauius cõsiderabitur, quando inimicitiarum, & odii caussam ipse dedit pupilli parens: quam quando illam ipse tutor præstitit. Ideoque iuri, & rationi conuenit, vt citra omnem distinctionem inimicitia tutorem repellat, quemadmodum etiam repellit testẽ, iudicium, & similes, *vt voluere Butr. & alii, iam citati.* Vel clarius respondeo, quod cum tex. *in d. §.* dat remissionem, loquatur de inimicitia ex parte tutoris, & culpa orta contra patrem pupilli. Gloss. aperit illum textum in verbo *facta*, ex quacunque parte culpa prouenerit: quia eadem ratio est dandi remissionem a tutela, si prouenit ex parte tutoris, culpa inimicitiæ, vel ex parte testatoris, vt tutor inimicus reiiciatur: ex testamento pariter inimicus cum non implicet oneribus tutelaribus, vt per tex. *in d. §. dat. remission. & in l. 3. §. si tutor inimicus, ff. de suspect. tutor.* & sentit Angel. Aretin. *in §. item propter inimicitias, vers. in ea gloss. ibi quando. Inst. de excus. tutor.* Nam ita potest dici in specie nostra, eandem rationem esse, quando inimicitia, non prouenit culpa legatarii, tã ad faciẽdum indignum cum legato, quam ad commouendum testatorem, vt præsumatur voluisse reuocare legatum. Ita explicat Simon de Prętis *in tractat. de interpret. vltim. volunt. libr. 1. dubio 2. solut. 4. nu. 21. fol. 103. col. 2.* Nec argumentum & ratio vltimo de teste inimico repellendo ex quacunque parte processerit culpa inimicitiæ, minime quoq; obstat. Nã in eo casu, siue testis ipse præbuerit caussã inimicitiæ, debet repelli a testimonio contra inimicum, sua culpa, caussatum ne testificãdo perseueret, cum sua culpa offendere, quemadmodum prius offendit, dando caussam inimicitię: quia *semel malus, &c.* siue pars contra quã testis inducitur, culpam & caussam inimicitiæ præbuerit. Similiter testis inimicus repellendus est, ne odio & caussa vindictę, contra veritatem deponat, vt hæc clare patent, & habetur per Doctores *in locis vulgatis*, in quibus tractatur de teste inimico repellendo. Et propterea eleganter Albericus in auth. *si dicatur col. 2. ad fi. C. de testibus*, subdit hæc verba formalia: *Et ideo iura prædicta de inimicitia loquentia, non distinguunt, cuius facto vel culpa oriantur inimicitiæ, &c.* Vndecunque ergo, vel culpa cuiuslibet ortæ sint inimicitiæ, locum habent iura prædicta, &c. *Hactenus Alber.* Præterea testis caussa inimicitiæ a testimonio repulsus, non priuatur aliquo lucro. At in casu nostro. super sentent. Bar. omnino diuersum est, in quo prohibemur sequi vestigia voluntatis testatoris & perscrutari caussas, quæ possint mouere testatorem ad persistendum in voluntate iam disposita, vel eam mutandam: & consequenter caussas noscere, quibus legatarius possit, vel non dici priuatus lucro suo iam sibi relicto. Nã si recte inspiciamus iura omnia; quæ præsumunt voluntatem datoris tam inter viuos, quam in vltima voluntate mutatam, vel reuocandam, & exclusiuam ob demerita, & ingratitudinem recipientis, semper dirigunt verba, & sententiam ad ingratitudines, iniurias, & offensam per recipientem, vel recipere debentem, illatas aduersus datorem, & non e contra, vt facile videre est, *in §. causs. cum seq. in authen. vt cum de appell. cognos. & in l. 1. C. de ingrat. liber. & in l. fin. C. de reuocan. dona. & in l. si ab hostibus, §. 1. ff. solut. matrimon. & in l. penult. §. matre. ff. de leg. 2. & in l. 1. & l. si inimicitia, versic. sed & si palam. ff. de his quibus, vt indig. & in l. donationes, §. species, ff. de donat. & gloss. in d. l. fideicommissum, & in l. 2. C. de liber. & eorum lib.* Nullibi ergo reperitur, dantem censeri mutasse voluntatem ex iniuriis, & offensis sua culpa per eum illatis contra recipientem, maxime vehemen-

mentius non repellentem iniurias, & iure non permittente. Quinimo præsumitur non mutasse, & per regulam, *l. 30. ff. de probatio*, ne afflicto addatur afflictio. l. diuus, *& ibi gloss. de offic. præs.* Nisi quod per *dict. l. 3. in fin. & dict. l. ex parte, & dict. l. si inimicitia*, simpliciter dispositum est, ob grauissimas iniurias inter legatarium & testatorem interuentas, legatum ademtum videri. Verum istæ leges fundantes se in nuda, & tacita voluntate testatoris reuocatoria, inducta ex inimicitiis, sic verosimiliter mouentibus testatorem, ad reuocandum, debent intelligi. secundum iura supra allegata: quæ manifeste ostendunt, & disponunt, tunc demum censeri iustam exclusiuam, & reuocatoriam voluntatem testatoris, seu datoris, quando contra eum a receptore, seu recipere debente, sunt commissæ ingratitudines & offensiones tales, quæ iuste mouere debent ad excludendum, & reuocandum data, vt etiam expresse sentit Bartol. *in d. l. si inimicitia.* Neminem enim sani capitis puto existimare, testatorem, maxime ex adulterio, vel stupro per eum commisso, cum vxore, sorore, vel filia legatarii, vel alia simili offensa contra legatarium illata, velle reuocare legatum: quinimo, pro his potius datur, quam aufertur, *l. 4. ff. de condictio. ob turpem causs. & l. mercalem, C. eod.* & datum præsumitur in recompensationem iniuriæ, *§. pœna, Inst. de iniuriis.* Non sic vero dicendum est in legatario adulterante vxorem testatoris, *vt per gloss. & Doctores in d. l. fideicommiss. de fideicommiss.* Itaque necessario concluditur, caussa & culpa legatarii, & receptoris huiusmodi reuocationes induci. Cum ergo culpa legatarii cessauerit, vera est opinio Bart. *in d. l. cum secundum in vitiis, §. 1.* per tex. ibi, qui probat eo modo, vt supra induximus, propter inimicitias non reuocari legatum. Idem per d. text *cessante culpa legatarii.* Idem firmat Bartol. *in l. fin. col. fin. de his quib. vt indign.* tradit Angel. Aretin. *in d. §. propter inimicitias, vers. fin. & in §. inimicitia, in fin. Institut. de excus. tuto.* qui sequitur Bartol. dicendo esse videndum *in d. l. cum secu. de iur. tab. §. 1. sequitur Barbatia, in apostill. ad Bartolum, in d. l. fideicommiss. & in aliis locis relatis per Grammaticum, voto. 30. sub num. 19.* qui Bartoli opinionem probat. Et allegat Paulum de Castr. *in l. cum te, C. de inoff. testam.* qui asserit conformiter, quod non possum tibi imputare inimicitiam, quæ prouenit ex defectu, vel culpa mea. Idem Castr. *d. l. fideicommissum, num. 3.* Idem firmat Romanus, *singul. 169. Tu habes sequitur Marsilius, in l. 1. §. cum quis, num. 7. ff. de quæst.* facit text. *in d. §. caussa, in Authen. vt cum de appell. cognos.* vbi pater non potest imputare filiæ innuptæ post vigintiquinque annos inhoneste viuenti. Subdit ibi Imperator: *Hoc ad ingratitudinem filiæ nolumus imputari, quia non sua culpa, sed parentum id commisisse cognoscitur.* Vnde culpa nocet committenti & non alii, *idem Bartol. in l. miles, §. fin. ff. de adulteriis, text. gloss. & Doctores, in l. pen. ff. solut. matrim. & per text. in l. pen. & quod ibi Bart. & Bald. notat. C. de nautic. fœno. & Romanus singulari 436. Tu scis, & per regulam sine culpa, de regul. iur. in 6. & reg. damnum, eod. & per Socin. cons. 70. lib. 3.* Nec text. *in l. cancellauerat, C. de his, quæ in testamen. delentur*, cum aliis allegatis per Menchacam, quicquam facit: quia loquitur in expressa reuocatione, & nos loquimur in tacita: & loquitur in offensa passiua, & non in actiua testatoris, *vt ibi per Alberic. & Bald.* Ex quibus fundamenta Iason. & aliorum, quæ longius me protraxerunt, quam præsentis materiæ institutum exigebat, remanent iure, ni fallor, satis abunde confutata, ac comprobata, Bartol. opin *in d. l. cum secundis, §. 1. ff. de his quibus, vt indign.* Ex qua eleganter infertur, quod voluntas testatoris mutata non præsumitur, ex factis contra eum licite & iure permittente, & culpa cessante per legatarium, pro commodo suæ rei familiaris, & sic etiam si esset lis omnium vel maioris partis bonorum testatoris, per quam volunt Doctores, induci capitalem & grauissimam inimicitiam, forte legatario alias debitorum, ex fideicommisso antiquo, aut alio iure, & fortius, vel etiam esse pro licita defensione personæ, & honoris legatarii, iuxta terminos, *l. vt vim, ff. de iustit. & iur*, faciunt notata per Ioann. Andr. *in cap. fin colum fin. & sic secundo circa primum. de donatio.* Quæ quidem conclusio vera probatur. Primo si exacte perpendamus verba text. *in d. l. si inimicitia*, quæ vltra capitales inimicitias copulatiue continent hæc verba: *Et verosimile esse coeperit, testatorem noluisse, &c.* Vbi proprie Bart. dicit ex facto legatarii, ob suam vtilitatem licite & iure permittente de facili non censeri mutatam voluntatem testatoris. Sic etiam intelligit præmissam conclusionem Decius, *in cap. vt debitus, sub num. 19. de appellat.* Nam verosimile non est, testatorem legando velle priuare legatarium aliquo iure suo, etiam competenti contra ipsum testatorem, *vt in l. creditorem. ff. de leg. 2. & l. si ab eo, C. de negot. gest.* deinde iure communi vtendo quis non dicitur facere contra voluntatem testatoris, *l. pen. ff. de his quib. vt indignis.* & per Raphael. Cumanum, *consil. 51. quod dominus Ambrosius. Paris. cons. 63. num. 21. vol. 2.* & vtens iure suo nemini facit iniuriam per vulg. Ius autem ipsum interpretatur voluntatem testatoris sibi conformem, *Iason. cons. 84. column. 1. vol. 1. Corneus consil. 37. colum. 2. volum. 2. Curtius iunior, cons. 57. num. 8. & cons. 128. num. 11. alia vide infra, cap. 3. num. 29.* Adhærendum est igitur Bartolo, & communi resolutioni, a qua temere recedendum non est: quæ habet, inimicitiam a domino directo caussatam, nominato ad emphyteusin non nocere, quicquid repugnent Iason & sequaces.

45 Ex quibus † iam infertur, concubinam, ab emphyteuta clerico ad Ecclesiasticam emphyt. nominari non posse, nec eligi, quoniam hæc Ecclesiæ inimica est, vt inferius dissleremus, *in tract. de acquis. emphyt. quæst. 1. num. 17. ad fin.* Tum etiam, quia inhonesta est persona, quæ in honesto loco collocari nequit, *vt in l. si qua, C. de specul. lib. 10.* Qua ratione Baldus *in Authent. si quas ruinas. colum. 2. in princip. ante versic. Vlterius quæro*, notabiliter probat, non posse quempiam stipulari emphyteusin Ecclesiasticam pro se & concubina sua, licet possit pro vxore, sequitur Palatius, *in rubric. de donation. inter virum & vxorem, §. 60. num. 8.* & ita tenuit olim Illustris Doctor Goncalus Valasc. Pinto, *in l. sed sciendum, colum. 4. ff. ad Trebellian.* & rursus *in l. ex facto. §. si quis rogatus, num. 1. eod. tit.* cuius viri singularis scripta, manu propria vetustate iam pene obruta, a temporis iniuria, crebra recitatione vindicabimus, ne tam præstantis Iureconsulti memoria intereat. Quorum auctoritate, insignis & excellens Iureconsultus Antonius Franciscus de

Alcacnua præfectus maximæ arcis de Eruercdn & Regius Senator meritiſſ.Regiæque coronæ procuraror ſuo tempore, ſe præſente, ita iudicatum fuiſſe, mihi prædicauit, & Senatus areſto fuiſſe pronunciatam, nullius eſſe momenti, quandam nominationem in fauorem concubinæ a clerico factam.

46 Ideque † eo maxime argumento probabile redditur, quoniam hæc nominatio in concubinæ fauorem facta, ei quæ in fauorem, & gratiam ſpurii comparatur: quem ad Eccleſiaſticam emphyteuſin nominari non poſſe in præcedenti *titu.§.4.* late comprobauimus; quo argumento vtitur Palatius, *d.loco.* Quo circa ſiue nominatio fiat a clerico concubinæ ſuæ, ſiue etiam a laico. Vtique nulla cenſeri debet tanquam facta in fauorem perſonæ prohibitæ. Eccleſiæ exoſæ, de qua minime cogitauit, cum nominandi facultatẽ conceſſit. Vt iam ſupra in ſpurio diximus. Verum hæc reſolutio, idem ſane poſtulat obſeruandum in emphyteuſi ab homine priuato conceſſa, ad quam ſpurius ex ſupraſcripta ratione, nominari non poteſt, niſi legitimatus ſit, *vt in titu.præced.§.aduertimus.* Quare idem reſoluendum videtur in concubina, vt nominari non valeat, ex præſumta concedentis voluntate, quem ſecũdum Chriſtianam religionem dicendum eſt de cõcubina neutiquam ſenſiſſe, aut intellexiſſe, illã poſſe nominari, quæ Deo, & hominibus, boniſq; moribus, & honeſtæ reipublicę, diſciplinæ, turpis, infamis, & odioſa, & deteſtabilis exiſtimatur. Si maxime id conditio, & dignitas concedentis, poſtulabit, *iuxta tradita, in leg.ex facto.§.ſi quis rogatus, ff.ad Trebellianum.*

47 Spurius † etiam tanquam turpis perſona a nominatione, ſeu electione paſſiue, omnino interdicitur, *vt ſuperiori titulo, §.4. late diſputauimus.* Idque etiam in filio ſpurio ipſiuſmet, domini directi, non emphyteutæ nominantis obſeruauit Valaſcus Pinto *in l. vnum ex famil'ia, §.1. ff. de legat. 2. in fin. poſt Paulum, ibi nume. 2. Peralta in l. cum quidam ff. eodem titul.ante nume.5. Gulielm.in cap. Raynutius, verbo, & vxorem, de teſtamen.num.689 Molina de primogen.Hiſpan.libr.2.cap.4.num.8.* vbi ad idem citat Antonius de Padilla. Quod verum eſt, & regula & ratione, *dict.l.vnum ex famil.§.1.* deducitur: quatenus probat nominatum emphyteuſin a domino directo capere non a nominãte emphyteuta. Quãobrem quemadmodum pater, id eſt, dominus directus non poteſt rem ipſam, ſpurio filio dare: ita neque emphyteuta eum nominare poteſt. Antecedens in confeſſo eſt, ex his, quæ tradit Bartolus, *in l.fin.ff. de his quibus vt indignis,* & habetur, *in leg.1.C.de naturalibus liber. & in leg.si, quis ex bonis, ff.de Vulgarib.*

48 Hæc † autem etiam ratio poſtulat, ſpurium filium emphyteutæ, nominari recte poſſe, ſi quidem a nominante patre non capit, ſed magis a domino, cuius reſpectu capax ille eſſe poteſt, vt poſt alios nominatim reſpondit Molina *de primogen. Hiſpan. lib.2.cap 4.nu.9.* & Goncalus Valaſcus *in l.cum quidam.ff.de leg.2.* vbi firmat nullibi prohibitum reperiri, quod ſpurius eligere debentis, nominari non poſſit. Nihilominus tamen contrarium reſpondendum eſt, per text. *in d.§.4.titul. præcedent.* quia is tanquam odioſus, & infamia, ſemper videtur excluſus, niſi nominatim ſit vocatus, quo caſu videtur loqui Molina. *dicto loco.*

Addo † tamen quod quemadmodum dominus directus, pro modo alimentorum poteſt bona filio ſpurio concedere, vt habetur *in Authent.ex complexu, C. de inceſt.nuptiis, vbi Bartol. & Canoniſtæ in cap.cum haberet, de eo qui duxit matrimon.* ita etiam nominari ad emphyteuſin poterit, vt inde ſe alere poſſit, quod tradit Gamma *q.149.num.5.* quæ vtilis eſt ad ſupraſcripta declaratio.

Maritus † etiam, ab vxore, quam quinquagenariam duxit, nominari nõ poteſt, vt apud nos Ordinatione Regia ſancitum eſt, *libr.4.titu.75.§.fin.in fin.in nouis tit.105.in fine,* ibi, *E tendo bens em que haja de nomear, nano podera nomear o marido, com que aſſi em tal idade caſar.* Quare nominationem factam nullam eſſe, verbum *non poterit,* inducit: quoniam negatiua dictio in præcedens verbum, *poteſt,* nullitatem importat, vt notatur *in leg nemo poteſt, ff. de legat.1.* ſi modo adſint filii, vt ea lege Regia cauetur. Quod in odium mulieris ſecundo nubentis, & illam ducentis in ea ætate, in qua ſuſcipere filios non poſſit, & gignendæ prolis ſublata omnino ſpes eſt, ſancitum eſſe, nos late in hypomnemate legis Regiæ, *libr.4.titul.7.* tractauimus, rationemque ſubiunximus eam eſſe, quia huiuſmodi coniuges luxuriandi magis animo, quam matrimonium contrahendi ſocietatem inire videntur. Quamobrem, quod in ea lege in vxore ſcriptum eſt, facile extendi ad maritum poteſt, ſi in ea ætate conſtitutus ſit, in qua ſobolem gignere non poſſit, vt ibidem diſſeruimus, quibus addo Syluanum, *conſi.31. Curtium, ſen.conſil.11.num.12. Pinellum in l.fin.C.de bon.mater. num.16.& 20.* 49

Sed iam † ſeſe offert vtilis admodum, & neceſſaria quæſtio, quam non ſemel vidimus in foro agitatam, & magnopere controuerſam. Hypotheſin fingamus. Mulier quinquagenaria, quæ emphyteuſin habebat, cum facultate nominandi ſecundam vel tertiam perſnoam, hoc enim caſu lex Regia, *titu.105.in fin.* loquitur, prætermiſſis liberis, & agnatis, maritum nominauit. In dubium fuit reuocatum, *ad quem emphyteuſis pertineret, an ad filium, vel conſanguineum, vel ad dominum directum, per conſolidationem vtilis dominii cum directo, tanquam extinctum.* Et videtur prima facie, in fauorem filii, vel agnati, non exſiſtentibus liberis emphyteutæ, quibus ab inteſtato ſuccedentibus, emphyteuſis, de qua agimus, cum ceteris bonis defunctæ mulieris adiudicanda eſt, reſpondendum fore, ex Regula Ordinationis Regiæ, *in titulo ſupra dicto, in princ. & in §.1.& §.3.* quibus in locis inſtitutis etiam heredibus extraneis, & ab inteſtato ſuccedentibus ſuis emphyteuſis conceditur, quaſi nominatis, & a defuncto emphyteuta vocatis, quibus nocere materna nominatio in fauorem mariti facta, non poteſt. Quoniam ſi verba legis Regiæ, vt decet expendas, *d.§.fin.* ea nominatio nulla eſt, ipſo iure, tanquam facta contra legis reſiſtentis diſpoſitionem, per tex. *in l.non dubium, C.de legibus, & in l.cum lex, ff de fideiuſſor.* Quæ reſiſtentia plane colligitur, ex illis verbis, *Non podera nomear o marido, com que em tal idade caſar.* Perpendenda ſunt cum iudicio illa verba, *non podera,* quæ ſua natura negant potentiam, & ipſo iure nullitatem inducunt, ſi aliter fiat, *text.& ibi not.omnes, in leg.nemo poteſt.ff de legat.1. Doctores in l.* 50

qui iurisdictioni, ff. de iurisdict. omni. iudic. & in l. Gallus. in princip. ff. de lib. & posthum. Socinus in l. 1. in princip. ff. de verborum obligatio. Quocirca, cum ea nominatio in fauorem mariti facta nulla sit, ipso iure, non est eur filiis, seu agnatis, emphyteusin petentibus, impedimento esse possit. *Regula. non præst. ss. de regul. iur.* Quod enim nullum est. nullum iuris effectum producere consueuit. Qua ratione, nisi quicquam aliud filiis, agnatisue obstet, inutilis marito facta nominatio, obesse non potest, si præsertim constet, eam emphyteusin a primo marito habuisse, ex nominatione sibi facta, aut eius contemplatione, & industria, ab illo acquisiuit: quo casu secundo nubens mulier tenetur, emphyteusin filiis primi matrimonii præseruare, quemadmodum & cetera omnia bona allodialia, & libera. quæ a primo marito consecuta est, vt notabiliter resoluit Cyfuentes, *in leg. 15. Tauri, in fin.* Quæ vtilis est ampliatio, a i notata *in l. fœminæ, C. de secund. nuptiis, & in l. hac edictali. C. eodem tit.* & vtrobi que Doctores. tradit Paulus, *in l. codicillis § matre ff. de legat. 2. & in authen. præterea, C. unde vir. & vxor. tradit Didacus Perez in l. ordinam. colum. 4. Barbatia in Auth. hoc ex te statuto. C. vnde vir & vxor, & Decius, d. l. auth. præterea. num. 7. Roma in consil. ... ad ... fæminæ ... & Boerius. decis. 113. ... libr. opinion. commun. ... bo ... statutum, & ... fæmina, num. 29 & 41 C. de secund nupt. & gloss. ... in l. 14. Tauri, & Boerius, decisio 185. num. 10.* Caue tamen, quia Ordinatio Regia, *dict. tit. 37 § fin.* quantum ego iudicare possum, nequaquam huiusmodi emphyteusin respexit a marito habitam, & procedentem, sed magis eam, quam mulier quinquagenaria secundo nubens aliunde obtinuit. Indefinita sunt enim illius legis Regiæ verba, quæ secundum vulgatas traditiones, vniuersalibus comparantur, *l. si pluribus ff. de leg. 2. l. ... ff. de ... Doctores in princ. p. I ... de ... .* Quocirca dict. l. Regia, ita accipienda est, vt respiciat, omnem emphyteusin. ab vxore quouis modo obtentam, ad quam illa minime nominare maritum potest. Quod vt verum esse tibi persuadeas, animaduerto, legem Regiam non simpliciter loqui in muliere secundo nubente, sed in quinquagenaria, procreanda sobolis spe, iam omnino carente, quo casu magis luxuriæ libidine, quam suscipiendæ prolis causa, matrimonium contraxisse censetur. Qua ... rationis legislator non illi solum lucrorum prioris matrimonii, in gratiam mariti, alienationem prohibuit, quemadmodum de iure communi interdictum erat; sed etiam omnium bonorum suorum tam obtentorum, & post matrimonium ex successione acquirendorum: Quod quidem ... secundarum nuptiarum, q... qui ... fuerunt contracte, qu... omnis ... lis spes penitus sublata ... Quam ... de resoluendum ... Regia latius patere: quam ... *C. de secund. nuptiis*, cuius dispositio, vt ... *in l. fœminæ C. eod.* ... primi ... monii ... præseruanda, non ... bona ... Quemadmodum lex Regia, ... vxorem, cetera bona ... mariti ... decreuit: ... emphyteusin, etiam aliunde, quam a marito prof. ctam, illum posse nominari. Quocirca & si illa Cyfontani sententia, in terminis iuris communis, notabilis sit, propositam tamen quæstionem minime decidit, in quo agimus de emphyteusi aliunde, quam a marito, obtenta.

Quod † igitur in fauorem filiorum sit emphy- 52
teusis adiudicanda, induci recte potest id, quod habetur, *in leg. 1. C. de secundis nuptiis.* Vbi omnes notant, quod lucrum quo quis priuatur, est illi concedendum, cuius fauore ablatum est. vt post alios Bald. Socin. ibi resoluit Ioannes a Garronibus, *numero 43.* & est bonus text. *in l. si legatarius. C. de legat. & in l. post legatum, §. amittere. ff. de his quibus, vt indign.* & tradit hanc regulam Bartol. *in l. 2. §. videndum. ff. ad Tertullian. Ias. in l. 1. colum. ... nume. 6. versic. limitatio. ff. de his quibus, vt indign. & in princ. Instit. de actio. Lusitanus Texeira, in l. si qui ducenta. §. vtrum, column. 4 ff. de rebus dubiis. Rubeus, in l. pater filium, C. de inoff. testam. num. 156. Crottus in l. Gallus, §. & quid si tantum. num 125 ff. de lib. & posth. ... Barbatia in auth. nouissima. C. de inoff. testam. num 216 cum seq. tradit, & Arelatanus in l. generaliter, C. de secund. nuptiis. a num. 42. & Benedictus in dict. princ. Instit. de actio. num. 136 cum sequ. & Bacca de non melior. filiab. cap. 36. num 9. Corneus, consil. 118 colum. 1. volum. 1. & consil. 33 eodem lib. Palatius in rub. 24. num. 1.* Ex quibus vtique liquido constat in legis dispositione hanc traditionem communem esse, & indubitatam, *ex Bartolo in l. vxorem. §. heres. ff. de legat. 3. num. 1.* Licet in hominis dispositione non desint, qui ambigant, vt est videre per Benicassium. *dict. loco.* & Vbertinum, *in l. 1. numer. 89. C. de pactis, per l. vxorem, §. heres, ff. de legat. 3 Bartol. d. §. heres*, qui oppositum resoluit in priuatione hominis, sequitur Ias. *in l. seruo legat. §. si testator. numer. 5. ff. de legat. 1. Bart. & alii, in l. paterfamilias, ff. eod. Bald. in authent. ... relictum, C. de indict. vid. toll.* dixit communem Iason, *in l. fin. §. fin. num. 3. ff. si cert. petat.* quibus pro ratione decidendi bonum, text. *in l. pero vers. quid ergo, & vers. idem dicemus ff. de leg. 2.* Quæ disputatio, & inuestigatio, in præsentiarum necessaria non est, quia sumus in casu dispositionis legalis, in quo lex illa Regia, in liberorum fauorem, bonorum alienationem, in maritum, atque etiam emphyteusis nominationem, prohibet: quam propterea filiis, quemadmodum & cetera bona concedendam esse, ex supra scriptis sine scrupulo respondendum est. per text. ad id notabilem, *in l. si defunctus, C. de suis & legit. hered.* ibi: *Illis accrescat, quorum commodo legem facimus.* Vbi Baldus obseruauit, quod statutum excludens fœminam dotatam, masculis cetera bona cōfert, quia eorum fauore exclusæ fœminæ. quod idem tradunt Doctores *in l. filius familias, §. Diui ff. de legat. 1.* & Arelatanus *a. ct. l. generaliter, C. de secund. nuptiis, nume. 46.* Quocirca cum in casu legis Regiæ, plane constet, in maritum, bonorum alienationem, & emphyteusis nominationem interdictam esse, in filiorum fauorem: procul dubio illis emphyteusis cum reliquis bonis, quæ in maritum alienari non possunt, adiudicanda est. Quæ probabilis sane videtur esse sententia, si præsertim consideres, legem Regiam, *in dict. §. fin. in fine*, supra scriptam resolutionem ampliare: & in emphyteusi, ad quam maritū nominari posse negat, procedere. Quapropter ne quo modo amplians, & ampliatum diuerso

iure censeantur, emphyteusis filiis, quemadmodũ & alia bona per eandem legem Regiam, concedenda est.

53 Aduerto † tamen dictam legem Regiam, defunctis liberis, cetera bona agnatis proximioribus ab intestato succedentibus, ad quos emphyteusis trãsire nullo modo potest, deferre, *vt in præced. obseruauimus. in §. 3. q. 13. nu. 16.* quia nominati non sunt, neque de facto vocati. Quare superior resolutio corruere videtur, ex qua infertur, emphyteusin non minus agnatis collateralibus, quam liberis concedẽdam: siquidem in eorum fauorem prædicta prohibitio introducta reperitur. Quod stare eo tantum casu recte potest, quo heredes agnati scripti sunt: in qua specie, tanquam nominati emphyteusin petere possunt. Vt tractauimus, *in tit. præced. & in §. 1.* Cuius contrarium obtinet, quando ab intestato succedunt, quia tũc soli liberi emphyteusin consequuntur, nõ agnati collaterales, *vt in d. §. diximus.* Quam distinctionem minime patiuntur verba, *d. §. fin. titu. 7.* siquidem bene perpensa in omnem euẽtum, bona illa, quæ in maritum alienari non possunt, liberis, & in eorum defectum proximioribus agnatis, concedit, ac elargitur: siue ii heredes instituantur, siue non. Quo argumento, si concedamus etiã emphyteusin eos obtenturos, vtique subuertuntur omnia in casu *d. §. 3.* resoluta. Nisi dixeris in casu *d. §. fin.* adesse quandam legalem nominationem, a lege inductam, quæ simul ac vxor quinquagenaria maritum nominat, habet filios pro nominatis, & in eorum defectum proximos agnatos. Quæ pulcra est sane, & notabilis limitatio; ad ea, quæ in *d. §. aduertimus.* Quod vix admitti potest, quoniam repugnat vxoris voluntas, quæ maritum nominans, filios, & agnatos, ab emphyteusi plane submouere voluit.

Quamobrem † defendi cum ratione potest, emphyteusin, de qua agimus, exstingui, dominiumque vtile cum directo consolidari, *nisi* (iuxta formam concessionis) *vxor aliquem nominauerit.* Non obstãte in fauorem mariti nulliter facta nominatione: quæ cum nulla sit, ipso iure, impedimento esse non potest, secundæ nominationi, ex *l. 4. §. condemnatum ff. de re iud.* Cum enim emphyteusis exstinguatur, quoties emphyteuta iuxta concessionis formã, aliquem nominare seu eligere prætermisit, vt iam superiore commentario tradidimus, *quæst. 7. num. 9.* certe in proposita specie, emphyteusis exstincta necessario censenda est, quoniam respectu collateralium nulla prorsus expressa, aut tacita nominatio considerari potest. Nec obstat Regiam Ordinationem, *in d. § fin.* cetera bona hisce agnatis tribuere, quia ob eorum fauorem prohibetur maritus habere. Quo argumento, idem quoque in emphyteusi respondendum videbatur, quoniam licet lex Regia, cetera bona filiis, & agnatis deferat, quia secundum communes regulas, & iuris præcepta ad illos erant peruentura, certe id citra cuiuspiam fraudem & detrimentum legislator statuere potuit. Ceterum in emphyteusi longe diuersum ius est, quia nullo nominato, iuxta formam concessionis, ad illam dominus directus regressum habet, neque legislator quicquam statuit, interdicẽs tñ, ne quo modo maritus nominari possit, vt palam colligitur ex illis verbis: *E se ao tempo de sua morte non tener ascendẽtes seu descẽdẽtes, as ditas duas partes, que assi mãdamos, que não possa emlhear, ficaram aos parentes mais chegados, e da terca parte podera testar a sua vontade como dito he: & tẽdo bes em que heja de nomear nõ podera nomear a nẽhũ dos ditos bẽs, ao marido. com que assi na tal idade casou; id est, quod si tempore mortis non habuerit ascendentes, aut descendentes, prædictæ duæ partes, quas alienari prohibemus, reseruabuntur cognatis proximioribus: de tertia autem pro libito testari poterit: quod si habuerit bona in quibus electionis seu nominandi facultas ei tribuatur, maritum, cui iam ea ætate nupsit, minime nominare, seu eligere poterit, ad aliqua prædictorũ bonorum.* Perpendenda est cum iudicio illius Ordinationis mens, quæ postquam agnatis bona patrimonialia addixit, tertiæ bonorum partis dispositionem mulieri tribuit: deinde nequa pinde exoriretur dubitatio, possetque in dubium reuocari, an bona emphyteutica, quæ apud nos indiuidua sunt, neque pro parte diuisionem patiuntur, sub eo sensu, & contextura comprehenderentur, ac facultas vxori de emphyteusi disponendi, maritumque nominandi, concessa videretur: ideo legislator prudenter postrema verba adiecit, quibus vxori nominandi maritum facultatem omnino remouit, in iuris communis dispositione relinquens, cui emphyteusis foret applicanda, si forte maritum vxor nominasset, ac elegisset, nõ alium quempiam, qui mihi mediusfidius videtur verus, & genuinus sensus, *d. §. fin.* Ac proinde resoluendum existimo, vxorem libere posse iure suo vti, & ad emphyteusin iuxta concessionis formam, excepto marito, quemcunque alium nominare, quem lex illa ab emphyteusi omnino arcet, ac submouet. Si neminem igitur elegit, ac nominauit, emphyteusin descendentes, & ascendentes, iuxta formam legis Regiæ, *tit. 62 §. 3. in nou. tit. 36. §. 2.* tanquam vocati consequentur. Quibus non exstantibus, quia in ea lege, *d. §. 2.* collaterales submouentur, nec pro nominatis habentur, sine dubio, exstincta emphyteusis censenda est: & quia nullus reperitur, expresse, aut tacite vocatus, domino directo adiudicanda est. Quod nota diligenter. Et consequenter dicendum est, volente domino directo nominationem emphyteusis factam per vxorem, in gratiã mariti conualescere: eiusque robur, & vim, a domini voluntate pendere.

Præses † etiam prouinciæ nominari, aut eligi ad emphyteusin non potest, vt Ordinatio Regia, *libr. 4. titul. 36. in princip. in nouis, titul. 15.* sancire videtur ibi, *Nem afforar.* Quod verbum idiomate patriæ inspecto, in his Regnis, nihil aliud, quam emphyteusin accipere significat. Quocirca ea lex Regia plane negat, præsidem prouinciæ posse a domino directo emphyteusin stipulari. Quæ resolutio in nominatione inter viuos facta, vtique indubitata videtur ex Ordinatione Regia, *dict. titul. 15.* ibi: *Nem poderano receber doacano de nenhuns bens moueis, nem de raiz, &c.* Sed contrarium obtinet, si ex testamento aut alia vltima voluntate, nominatio fiat, *ex his, quæ scripsit Iason, in leg. principaliter, num. 2. versic. pro alia. ff. si certum petatur, & in l. quæ de legato, numer. 28. ff. de leg. 1. Tiraquell. de retract. §. 1. gloss. 9. num. 165.* & nos latius in Commentario de *emtio. & vendit. verbo. prometera vender, num. 72* resoluimus. 54

Quæ omnia amplianda † & intelligenda sunt, vt procedant, in concessione facta, *pro quintum uetera,* 55

seu

seu *nominaueris*, quæ secundum regulas restringi debet, ad personas habiles, *ex not. in l. 1. C. de Sacrosanct. Eccles. Alexand. consil. 106. nume. 3. iuncto princip. vol. 4. & tradit Roland. lib. 1. consil. 3. numer. 14. & 16.* Aduerto autem Alexand. *in dict. consil. num. 3.* respondisse, in habēte facultatem nominandi quemcunque, & nihilominus probat, illam generalitatem esse restringendam, ad personas habiles, & non prohibitas, quia omnis concessio, & facultas nominandi intelligitur, secundum naturam rei, de qua agitur. Et propterea is, qui habet potestatem alienandi feudum in quemcunque, non potest fœminam nominare, seu in eam feudum transferre, quia natura feudorum fœminas non admittit, *vt tradit Bald. in cap. 1. §. donare, qualiter olim potest feud. & in l. cum virum, C. de fideicommiss. Roland. dict. consil. 3. num. 15. volum. 1.* Vbi, *num. sequent.* eadem ratione probat, nec spurium nominari posse, quoniam is est de prohibitis, & sub illa verborum generalitate non comprehenditur. Tradit Baldus *consil. 207. volum. 2.* qui hoc obseruandum probat, etiamsi sit concessa potestas nominandi, *quem emphyteutam voluerit* quia intelligitur, de his, qui capere possunt, nec a nominatione arcentur, *sequitur Rolandus a Valle, dict. consil. 3. num. 16.* Quod ex ratione supra scripta procedit, quoniam licentia alienandi emphyteutæ concessa, intelligitur secundum naturam emphyteusis, *vt per multa tradit Calcaneus, consil. 51. & Rubeus, consil. 110. numer. 5. & 6.* Quæ sane assertio mihi semper ambigua & anceps visa est, quoniam ei repugnat Iureconsulti responsum, *in leg. cum quidam, ff. de legat. 2.* Vbi respondit Vlpianus, eum, cui libera nominandi, seu eligendi facultas data est, etiā indignum eligere posse, *vt ibidē post alios obseruant Padilla, n. 14.*

57 Nihilominus † tamen concessio, *pro quibuscunque*, & si vniuersalis sit, tamen secundum naturam contractus emphyteutici, ad personas habiles, & non probibitas restringenda est, ex multis, quæ tradit Gomezius, *quæstio. 2. in regula, de triennali*, dum eam quæstionem examinat, in praxi vtilem, *an regula illa de triennali in fauorem cuiuscunque possessoris edita, ac promulgata, etiam spurium beneficii possessorem dispensatione carentem tueatur.* Vbi pro parte negatiua, plurima adduxit probantia, verbum illud, *quicunque*, restringendum esse ad personam habilem, *iuxta vulg. l. vt gradatim, ff. de muner. & honor. & gl. verb. quibuscunq. in §. sed hac solemnia, Instit. de verbor. obligatio. Domin. in cap. cum in illis, §. 1. colum. fin. de præben. in 6. cum concordantibus traditis a Decio consil. 171. colum. fin. cum aliis a Gomezio adductis*, quibus addo Felinum, *consil. 44.* disputantem, an eadem regula, monachum per triennium beneficium curatum possidentem, tueatur, & Parisium, *libr. 4. consil. 96. Rebuff. de pacificis. poss. num. 172.*

58 Amplianda † est autem superior resolutio, vt procedat etiam, quando per viam executionis sententiæ iudex alicui huiusmodi emphyteusin adiudicaret, quoniam alicui ex personis inhabilibus, & prohibitis, quas supra retulimus, adiudicanda non est, vt notabiliter resoluit Gratus, *consil. 133. nu. 11. lib. 1. facit C. cum. 1. de suppl. neglig. præl.* & quod per eam tradit Felinus, *in cap. cum accessissent, de constitu. num. 18.* Rochus *de iure patron. verb. Honorificum, quæst. 32.* resoluentes superiorem, ad quem conferendi potestas deuoluta est, adstringi ad obseruationem eiusdem ordinis & formæ, quæ ab inferiore erat obseruanda. Et magis in terminis iuuat, quod post Signorolum tradit Tiraquel. *de retract. lignag. §. 1. gloss. 14 num. 13. Rolandus consil. 21. num. 5. lib. 1. Gregor. Lopez in l. 52. tit. 5. part. 5.* firmantes in hac specie, quando res venditur, a iudice, pro ære alieno creditoribus exsoluendo, debitorem ipsum vendere, remque distrahere, non ipsum iudicem, qui tantum eius factum, & negligentiam supplet. Quamobrem mirum non est, si rei transitus in personam potentiorem, aut alias prohibitam fieri nequeat.

Quod † maxime in terminis iuris communis ob- 59
seruandum est, eorum retenta sententia, qui frequentius receptum asserunt, bona emphyteutica, irrequisito domino, per viam executionis posse distrahi & alienari, vt est videre per Iasonem, *in l. fi. C. de iure emphyteut. num. 133. Afflictum. quæst. 191. Capitium quæst. 99. num. 3. Gozadin. in l. 2. C. de pactis, inter emto a num. 98.* & ibi addit. qui resoluunt, id omni alienationi necessariæ peculiare esse. Quaratione, ne quo modo dominus directus tot grauaminibus sit obnoxius, rationi ciuili consentaneum visum fuit, rem emphyteuticam in potentiorem, aut alias prohibitum distrahi non posse. Ceterum, quia hodie hæc ratio cessat, per legem Regiam, *lib. 3. titul. 75. §. fin. in nou. tit. 93. §. fin.* quæ id nominatim interdixit, vtique scrupulo non caret prædicta Grati resolutio. Eo enim ipso, quod dominus interpellatus, emtoris, cui res addicenda est, statum, & conditionem agnoscens, non refragatur, eum laudare, ac probare videtur: quod innuit lex Regia *titul. 64. libr. 4. in princ. in nouis, tit. 38.* Vbi quia domino, ementis conditio, & persona declarata non fuit, subdit legislator, *E deue ser vendida, a tal pessoa que liuremente pague a pensam.* Contrarium igitur, iudicandum est, vbi iam expressa est ementis qualitas & fortuna, quam nisi reprobet probare videtur.

Vltimo † necessaria est inuestigatio, an eligens 60
indignum, eligendi facultate priuetur? Et videtur quod sic, ex auctoritate glossæ 3. & Bartol. *ibi num. 4. in l. cum quidam, 24. ff. de legat. 2.* resoluentium in casu illius text. heredem eligentem indignum, ius electionis amittere, & omnes de familia admitti: quod minime fieret, si ille adhuc aliū posset eligere. Concordat Paulus ibi, *n. 5* & Imol. 3. firmans communē, & ibi Peralta *num. 17* & Padilla, *cum. 15. num seq. Perez in ll. Ordin. col. 257.* Nec hoc mirum, quia in materia beneficiali, eligens sciēter indignum ad beneficium Ecclesiasticum, pro ea vice ius, & potestatem eligendi perdit. *cap. cum in cunctis, 7. §. fin. & c. cum Vinton. 25. de electio. habetur in c. gratum, de postul. prælato. vbi Panorm. nu. 10. & 14. Rota noua. 212.* Quod in electore officii secularis obtinet, ad quod eligens indignum iure amplius eligendi priuatur. *secundum Albericum in l. cum qui certarum, §. fin. n. 13 ff. de verb. obliga. Aret. in l. seruus electione, in prin. col. 3. ff. de legat. 1.*

Quod † etiam in patrono præsentante indignum obseruatur, *§. si quis oratori, in authen. de sanctiss. Episc. coll. 9. Panor. in c. cum vos, de officio ordin. Aret. d. l. seruus elect. col. 3. & ibi Rip. n. 5. firmās cōmunē. Rochus, de iure patron. verbo honorificum, q. 4. num. 15. licet repugnet,*

gloſſ. 2. d. cap. cum vos, quam ibi ſequuntur Ancharan. num. 4. & Imol. 7. & Oldrad. conſ. 18. num. 6. & dixit communem Beroius, *in c. quod autem, de iure patron. num. 10.* quorum ſententia, in patrono laico, cuius præſentandi poteſtas firmior eſt, vtique defendi poteſt, vt ſic concordans docuit Caſtaldus, *in tract. de imperato. quæſt. 15. num. 3.* & fuit ſententis gloſſæ, ita nominatim diſtinguentis, *in d. cap. cum vos, & ibi Panorm. num. 8.* & commendans Paluda. *de iure patron. 6. part. in princ. quæſt. 10. colum. 5. ſequuntur Cardin. Imol. & Rauen. ibi in d. cap. cum vos, poſt Innocent. ibi, & Federic. conſ. 102. Archidiaco. in cap. 1. de præb. in 6.* ſaltem quando infra quatuor menſes alium præſentauit, *ſecundum Ioan. Andr. & Anton. in d. cap. cum vos.* Priorem tamen ſententiam; imo quod etiam patronus laicus, præſentans indignum, ſit pro ea vice iure & poteſtate præſentandi priuatus, tenuerunt poſt Ioannem de lign. Collectarius *in d. cap. cum vos, num. 1. ad fin. & Rom. nou. a. 212 Fely. in cap. cum Bertoldus, de re iudicat. num. 15. ad fin.* & plures alii, quorum meminit Rochus, *de iure patron. verbo. Honorificum, quæſt. 4. Caſtaldus, ne imperato, quæſt. 15. num. 8.* Quorum ſententia verior eſſe videtur, per textum, *in d. §. ſi quis oratori in auth. de ſancto Epiſcop.* cui non ſatisfaciunt Andr. & Caldarini. *ſecundum Panorm num. 5. d. cap. cum vos,* nec etiam gloſſa, ibi, ſi conſideres illum textum, neutiquam diſponere, ſuper iure ſpirituali, ſed ſolum priuare laicum ſibi ſubditum iure præſentandi, propter commiſſum crimen, & contractam noxam in præſentando indignum, quod facere potuit. Tum etiam quia *cap. cum in cunctis, §. fin.* locum habet, etiam in præſentationibus laicorum, quæ electionis appellatione continentur. *gloſſ. & Doctores in cap. fin. de electio. in 6. cap. 1. & 2. de iure patron.* Tum etiam quia eadem omnino vrget ratio in præſentatione, quæ in electione: quare etiam in pœnalibus, eadem debet eſſe iuris diſpoſitio: ſiquidem ſub lata ſaltem verborum ſignificatione vterque caſus comprehenditur. *Domin. & Franciſ. recepti in cap. 1. de tempor. ordinatio. lib. 6.* Nec mouere in contrarium poteſt, text. *in d. cap. cum vos, de officio. ordin.* quo gloſſ. præſertim, & ſequaces nituntur, quoniam, ſi bene conſideres, factionis aduerſæ partes non fulcit, vt ibidem Collectarius, *num. 1. in fin.* notabiliter agnouit: Nullibi enim ille text. probat, priuatum non manere patronum, niſi indignum præſentauit. Quare ea quæſtio tanquam omiſſa aliunde petenda eſt. Niſi dixeris gloſſam perpendiſſe S. Pontificis mentem, quatenus præſentato indigno, non ſtatim Eccleſiæ de rectore prouideri iubet, ſed tantum de œconomo, in quo plane præſupponit aliam patroni præſentationem exſpectandam fore: aliter non œconomus, ſed verus rector foret conſtituendus.

62 Planum eſt enim, † indigni præſentationem ipſo iure nullam eſſe, *vt docent Nauarrus in c. ſi quando, exceptione 11. pag. 83. de reſt. ſpol.* quocirca, cum præſentatio nulla ſit, & ipſo iure priuatio inducatur, conſumpta iam præſentandi vice, quid amplius exſpectandum ſit, non video. Cur igitur non ſtatim potuit rector Eccleſiæ præfici? Nihil certe impedimento eſſe poteſt. Quocirca, vt gloſſa intellexit, vt hæc ratiocinatio ceſſet, neceſſario fatendum eſt, patronum laicum, eo ipſo, non eſſe priuatum iure, & poteſtate præſentandi, quod indignum præſentauerit. Et illum text. ita gloſſam inducere voluiſſe conſtat ex Panormit. *nu. 1. ad finem,* & Raue. *in princ.* Sed non concludit hæc ratio, ſi conſideres in caſu illius text. non fuiſſe impeditam collationem ex eo, quod patronus non fuerit præſentandi iure priuatus: ſed magis ex eo, quia ſola lis, & controuerſia ſuper idoneitate præſentandi, ad impediendam alterius prouiſionem ſufficiens fuerit. Vt notabiliter ibi obſeruarunt Innocentius, & Ioann. Andr. *in princip.* & Barbat. *num. 7. ad fin.* Quod verius ſemper iudicaui.

Vt igitur † eo reuertamur, vnde digreſſi ſumus, 63
ſiue hanc, ſiue alteram ſententiam amplectaris, ſufficit, præſentantem indignum, pro ea vice, præſentandi iure priuari, quod ad electionem imperatoris, poſt alios extendit, Caſtaldus, *lib. de Imperatore, quæſt. 15. in princ. & num. 8.* Vbi inter alia adducit, *d. l. cum quidam, ff. de legat. 2.* quatenus probat indigno electo, omnes de familia audiendos, ſi rem petant. Quo argumento idem eſt in emphyteuta reſpondendum, per indigni nominationem, eligentem, ſeu nominantem, quaſi abutentem gratia, & facultate nominandi a domino directo conceſſa, nominandi poteſtate priuari.

Prædicta † autem de indigno indignitate iuris, 64
non facti, ſunt intelligenda, qualis eſt, qui non bene ſe geſſit erga dominum, vel leuiter concedentem offendit: is enim eligi recte poteſt, ab eo quilibe- ram eligendi poteſtatem habet, *vt in d. l. cum quidam, probatur, & ibi notant Doctores. & Molin. libr. 2. de primogen. Hiſpan. cap. 5. in princ. Gomezius, 1. tom. cap. 12. poſt num. 48.* firmans communem, *& tradit Iaſon, in l. ſi ſic, ff. de leg. 1 Segura in repet. fol. 49. Loazes in l. filiusfamilias, §. diui, num. 82. ff. de legat. 1. Peralta, in d. l. cum quidam, num. 2. Pelaez lib. 1. de Maioratu, quæſt. 48. num. 1.*

Sed contrarium † obtinet, in eo, qui boni viri ar- 65
bitrio eligere debet, id eſt, tanquam bonus vir, quoniam is digniorem eligere tenetur, etſi verum ſit, quod eligens dignum ſatisfacit, *gloſſ. 3. d. l. cum quidam, ff. de legat. 2. & ibi Bart. num. 3. & 6.* qui licet loquatur in poteſtate eligendi ab homine conceſſa, intelligenda eſt. *ſecundum Bald. ibidem ad fin. Paul. num. 5. & Imolam etiam num. 5.* Verum is, qui a lege eligendi poteſtatem habet, niſi digniorem eligat, mortaliter peccat, quoniam legis intentio, & præceptum eſt, vt dignior eligatur. *cap. licet ergo. 8. q. 1. ca. Metropolitano 63. diſtinct.* Quamobrem contra faciens, legis præceptum lædit, *cap. vni. §. omnibus, vt Eccleſ. benef.* ideoque peccati reus eſt, *vt ibi habetur & tradit Diuus Thom. 2. 2. q. 63. artic. 1. Panorm. in c. conſtitutis. nu. 7. de appellatio.*

Poſtremo † per quæ verba libera facultas conceſ- 66
ſa dicatur, tradit diſertiſſimus Menochius, *libr. 1. de arbitrariis iudicum quæſt. & ſent. q. 7. & ſeq poſt Ang. §. fuerat. Inſt. de actio. & Doctores in l. 1. ff. de legat. 2.* Sed iam ad interpretationem Ordinationis propius accedamus.

CAPVT II.

Variandi facultas, an porrigatur ad ſecundum vel tertium emphyteutam, qui debet eligere.

Variatio quando permittatur in nominationibus emphyteuticis. Eligendi facultas cum moriatur, an conſummetur facta electione in vita, &

Promissio de non reuocando an impediat nominandi facultatem.

Nominatio emphyteusis ex caussa dotis an possit reuocari.

SVMMARIA.

1 *Actus omnes, qui in tempus mortis conferuntur, usque ad mortem mutari & reuocari possunt.*

Limitata caussa limitatum producit effectum.

2 *Secundus & tertius emphyteuta potest nominando variare.*

Legata reuocabilia usq; ad mortem.

3 *Concessio emphyteutica non est unica.*

4 *Testamenti reuocatio nec iuramento impeditur.*

5 *Lex infirmo aut in extremis agenti nominandi facultatem tribuens, variandi potestatem concessisse videtur.*

Quæ mortis confirmationem exigunt, reuocari possunt.

6 *Ultima voluntas non debet esse in pendenti.*

7 *Variare non potest, qui simpliciter habet eligendi potestatem, nulla mortis facta mentione.*

8 *Variatio impeditur, quoties nominato est ius quæsitum.*

9 *Nominandi potestas respiciens incertum de certis, differt a potestate nominandi incertum de incertis.*

Incertum de certis qui habet eligere, cum morietur, nequit in vita irreuocabiliter eligere.

10 *Nominatio simpliciter facta ab eo, qui habet nominandi facultatem, cum morietur, dicitur facta post mortem eius.*

Mora sine interpellatione non contrahitur.

11 *Nominatio semel etiam facta ab eo, qui erat grauatus nominare cum moreretur, est reuocabilis usq; ad mortem.*

12 *Nominatio simpliciter facta, dicitur habere relationem ad tempus mortis.*

13 *Differentia non est constituenda inter potestatem nominandi concessam in testamento vel contractu.*

14 *Differentia constituenda non est inter potestatem nominandi incertum de certis, vel de incertis.*

15 *Eligere unum de certis qui debet, cum morietur, nequit in vita eligere.*

16 *Argumentum a contrario sensu habet locum in dispositione conditionali.*

17 *In contrarium cum communi, imo quod valet nominatio mero iure in vita facta.*

18 *Nominatio in vita facta, ab eo, qui cum moreretur, potuit nominare.*

19 *Nominatus in vita, mortis caussa capit.*

20 *Reuocata nominatio in vita nominatus prodest quoad fructus nominato.*

21 *Nominatio est caduca decedente nominato, antequam decedat nominans.*

22 *Irreuocabiliter nominare non potest grauatus eligere seu nominare, cum morietur, incertũ de certis.*

23 *Qui potest nominare incertum de incertis, potest viuus irreuocabiliter quẽ voluerit nominare.*

Pauperibus cum morietur centum dare grauatus, viuus dare non potest.

24 *Promissio de non reuocando, non impedit reuocationem.*

25 *Promissio de non reuocando confirmat nominationem incerti de incertis.*

26 *Lex, vbi ita donatur. ff. de don. caus. mortis, restringitur ad casum, quo constat, donantem voluisse inter viuos donare.*

Promissio de non reuocando, non impedit reuocationem.

27 *Verba ita sunt interpretanda, ut omnis cesset repugnantia.*

28 *Promissio de nõ reuocando efficit, quod donatio mortis caussa sit irreuocabilis.*

29 *Promissio de non reuocãdo confirmat nominationem incerti de incertis, non de certis.*

30 *In contrarium, imo quod promissio de non reuocãdo, nõ impediat reuocationem.*

Totum ius debet emphyteuta cedere, ut impediatur reuocatio.

31 *Dotis constitutio seu datio, & nominatio emphyteusis æquiparantur, & utraque habet relationem ad tempus mortis: quod an verum sit, discutitur, n. 33.*

32 *Meliorationem factam seu prælegatum in unum ex filiis, seu descendentibus per parentes, tam ex cõtractu inter viuos, quam ultima volũtate, permissum est reuocare usq; ad mortem, nisi per contractũ inter viuos parens possessionem tradiderit.*

34 *Sola dominii trãslatio non impedit reuocationem.*

35 *Iuramentum non impedit reuocationem nominationis, quia sortitur illius naturam, nec mortis caussa donationem.*

36 *Iuramentum non nocet tertio, & sic illis, qui superesse possunt tempore mortis.*

37 *Iuramentum habet effectum specialis consensus.*

38 *Nominatio geminata irreuocabilis est.*

39 *Variare potest, qui habet potestatem nominandi cum morietur.*

40 *Debitum post mortem, in vita solutum non repetitur.*

41 *Promissio post mortem, donatio est caussa mortis, non inter viuos.*

2 *Quarta debita arrogato ad heredes, transmittitur in vita arrogantis: quod an verum sit, vide n. 43.*

44 *Nominatio infirmatur, quando nominatus non superuiuit nominanti.*

45 *Nominans post mortem suam, vel cum morietur, ex caussa obligante de præsenti variare non potest.*

Traditio rei non impedit reuocationem.

46 *Mortis mentio fit aliquando gratia dilationis.*

47 *Donatio a me facta, cum moriar, reuocari potest.*

Promittens dare cum morietur, præcedente stipulatione, reuocare nequit.

Mortis mentio facta in exsecutiuis, non alterat.

48 *Mortis mentio facta quando dicatur in exsecutiuis.*

49 *Nominatio facta per viã dotis, aut alias ad stipulationem nominati, non reuocatur.*

50 *Emphyteuta, qui cum semel tantum nominare posset, quempiam nominans sub cõmemoratione mortis, cum morietur, potest nominationem reuocare, nisi stipulatio interueniat.*

CAPVT II.

QVONIAM † autem in præcedenti titulo de generali concessione tractauimus, scilicet sub ea 1 forma, quod prima persona, secundam, & rursus secunda tertiam nominaret, nonnullæque aliæ concessiones, simpliciter nominandi facultatem præstabãt, aliæ vero per relationem ad tempus mortis, de quibus sigillatim inferius dicemus, a nobisque [illegible] *quæ persona, nominari valeant*, nunc *qualiter, & quãdo semel facta nominatio reuocari possit*,

pertractandum ſupeſt. Audiamus igitur Luſitanum legislatorē tanq̃ e cortina ita profantē. *lib. 4. t. 37. in prin.* in nouis. *Tomando algum homem, algũa herdade, vinha, ou caſa, o lual, ou outra poſſeſsão de foro por certa penſam para ſi & certas peſſoas conuē a ſaber hũa que elle nomear. & que a nomeada poſſa nomear outra, & aſſi da hi em diante, ſe o dito primeiro, & principal foreiro, em ſua vida nomeaſſe algũa peſſoa, a q̃ vieſſe o dito foro, & depois fizeſſe outra nomeacano do dito foro a outra peſſoa, & renogaſſe a primeyra: mandamos, que ſe no contracto do afforamento primeyramēte feyto, for dado poder ao foreiro q̃ poſſa nomear, ao dito foro algũa peſſoa, ante de ſua morte ou ao tēpo de ſua morte, em cada hũ deſtes caſos, elle podera fazer a dita nomeacano, hũa & outra, quantas lhe aprouer ate o tempo de ſua morte, & pola derradeyra nomeacāo ſerā as outras renogadas ſem auerem algũa forca nē vigor. Porque todos os autos que ſam ordenados ao tēpo da morte, ſe podem mudar, & renogar, ate morte,* & in §. 1. ſubdit. *Porē ſe o que tinha poder de nomear, ate morte, treſpaſſar ē ſua vida, em outra algũa peſſoa, a dita couſa aforada, quer por titulo de dote, quer por qualquer outro titulo, traſpaſſando na dita peſſoa todo o direito, que na dita couſa aforada tinha, poſto que pera ſi reſerue o vſufructo, ja nam podera nomear outra vez, a nenhuna peſſoa, antes a peſſoa em que aſſi for traſpaſſada, podera diſpoer da dita couſa, ſegundo diremos no titulo ſeguinte.* Hactenus legislator, qui dum ſubdit, *Se o dito primeyro & principal foreiro*, &c. expreſſe docere voluit, huius legis Regiæ diſpoſitionem ad primō emphyteutam tm̄, ſeo perſonam, cui facta fuit cōceſſio nominādi aliā ſecundā pſonam, cum morietur, reſtringendam fore, qui poterit, vnum, vel plures ſucceſſiue eligere, immobili & ſtabili manēte vltima electione dūtaxat, per q̃ ceteræ omnes præcedentes, tanquam reuocatę, nullius roboris, & momenti, & pro non factis cenſeri debēt: ex ratione, de qua paulo inferius ibi, *Porque todos os autos que ſam ordenados, &c.* id eſt, *quoniam omnes actus, qui ad tēpus mortis conferuntur, vſque ad mortem mutari, & reuocari poſſunt.* Nihil enim magis iuri conſentaneum eſt, quā legum diſpoſitionem, ad caſus limitatos reſtringere, *in l. agris, ff. de acq. rerum dom.* Limitata nāq; cauſſa limitatū pducit effectum, ex ſtatuentis volūtate, & intētione, q̃ ſe voluit ad certos caſus reſtringere, & intra cancellos & limites pſcriptos continere, iuxta regul. *l. maritus, C. de procu. & l. cū prætor. 12. ff. de iud. &c. nō ne, de præſumt.* vbi vnius caſus admiſſio eſt ceterorū excluſio. Quo arg. hęc lex Regia, cū hāc variādi nominationē ſemel factā poteſtatē concreſſerit primo, & principali emphyteutæ, ſane eandem negaſſe ſecundo, tertio, & ceteris, reſpondendum videtur.

2 Quib. † tñ non obſtantibus, contrarium, vti verius, obtinet, & in forenſi praxi receptum eſt, ex generali illa decidendi ratione: *Por que todos os autos q̃ ſam ordenados, &c.* Quæ ſane ratio generalis eſt, non minus ſecundo, & tertio emphyteutæ, quam primo variandi poteſtatem cōcedens, ſi modo eiſdem, nominandi, cum morietur, tributa facultas reperiatur. In qua quidem conceſſione, tacite, & incluſiue, vt ita loquar, ineſt, quod pluries poſſit, vſq; ad mortem variare: quaſi id tacite dñs directus, cū poteſtatem nominandi non ſimpliciter, ſed ad mortis tp̃s relatam dedit, conceſſiſſe videatur: quoniā vt legiſlator docuit, omnis actus agētium ad tempus mortis relatus, reuocabilis naturæ, & conditionis eſt, *vt in l. 4. ff. de adim. legat.* vbi poſtquam Vlpianus *in §. fi. l. præcedent.* reſpondit, legata, & fideicommiſſa ſola voluntate, etiam tacita reuocari, ſubdit, *cōtraria etiam*, id eſt, *per pœniſentiam reuocata, reintegrari*: quoniam inq̃t, *ambulatoria eſt volūtas defuncti vſq; ad vitæ ſupremū exitū.* Cōueniunt ſcripta, *in l. ſi quis, in prin. ff. de leg. 3. & in §. poſteriore, Inſt. quib. mod. teſta. infirm. cum aliis*, quib. paſſim comprobatur omnem diſpoſitionē vltimæ voluntatis, vſq; ad extremū vitæ ſpiritū reuocari poſſe, a qua iuris traditione, huius legis Regiæ diſpoſitionem profluere, omnes pragmatici paſſim affirmāt, tum ēt docent Conimbricenſes inſignes pfeſſores. Quæ pfecto traditio, & reſolutio, non minus ſecundo & tertio emphyteutæ variandi poteſtatem clargitur, quam ipſi primo & principali, cui initio fuit emphyteuſis conceſſa.

Si † præſertim cōſideres emphyteuticam cōceſſionem in plures pſonas collatam, & diſtributam, nō vnicam tantū dici, quaſi primo tantū acquirenti cōceſſam, ſed multiplicem in perſona cuiuſq; emphyteutæ repetitam; quo fit, vt tot dicātur conceſſiones factæ, quot ſunt perſonæ, ad quas emphyteuſis peruenire poteſt, & porrigitur, vt inferius tractabimus, *in Comm. de acq. emphyt. c. 6. n. 84. & ſeq.* Qua ratione omnia pacta, & conuentiones initæ, & primo emphyteutæ impoſitæ, in ceteris, non minus, q̃, ſi ipſis noua fieret conceſſio, repetitæ cēſentur. Quamobrem omnia, quæ emphyteutæ conceduntur, ceteris poſt illum ſucceſſuris conceſſa intelliguntur. Sic etiam e conuerſo, quæ illos onera ligant, & hos reſpiciunt, ac adſtringunt, ne melioris cōditionis, quam primus acquirens, a quo tanquam ſucceſſores, quodammodo cauſſam habent, eſſe videantur, *arg. in l. ſi vina matr. C. de bo. mat.* 3

Verum † ſuperior traditio, q̃ habet, deambulatoriā eſſe vltimā voluntatem vſq; ad mortē, vix applicari materiæ quam tractamus, poteſt. Illa n. traditio loquitur, & procedit, quando quis de bonis propriis per viam vltimæ voluntatis diſponit: Quorum quidem bonorū, quia quilq; liberā habet adminiſtrationē, *iuxta reg. l. in re mandata, C. mand.* cum ratione iure quodam publico pie ſtatutū, & receptū eſt, reuocari teſtamenta, & codicillos vſq; ad mortem poſſe, q̃ mis contrarium, vt teſtator etiam iureiurando pfeſſus fuerit, vti Bartolo, & ceteris placuit, *in l. ſi quis, in prin. teſtamenti ff. de leg. 3.* tradit Couar. *in rub. de teſta. n. 19. concl. 5.* cui ſententiæ argumentum optimum pſtat, *d. l. ſi quis, in prin. n. 22. ff. de leg. 3.* ibi. *Nemo enim eam ſibi legem poteſt dicere, vt a priore volun tate, ei recedere non liceat.* Tanti enim momenti eſt, vltimæ voluntatis mutatio, vt vix poſſe renuntiari, iuris prudentib. placuerit, qui eam renuntiationem cōtra bonos mores eſſe exiſtimauerint, *Bart. in d. l. ſi quis in princ. col. fi.* & quidam alii, quorum ad id meminit Couar. *vbi ſupra, verſi. ſecunda opinio.* Quæ ratio ſine dubio emphyteuticę nominationi applicari non poteſt, in qua non de reb. propriis agitur, imo de alienis, quarum liberam adminiſtrationem, ſeu diſpoſitionem nō habemus, ſed eam tantū facultatem, q̃ a domino directo cōceſſa reperitur nominandi ſecundam, vel tertiam perſonam: q̃ etſi ad tempus mortis referatur, non pptcrea actus vltimæ volūtatis cenſeri pōt, niſi in teſtamento, aut codicillis fiat: quo caſu quaſi imperfecta, & mortis confirmatione exſpectās, nominatio reuocari recte pōt. Verū ſi extra cauſā vltimæ voluntatis nominatio fiat, ſupra ſcripta minime cōuincūt, ſemel in vita factā nominationem reuocari poſſe. 4

posse. Resistit enim regula *l. bonus, §. hoc sermone, ff. de verb. sign. l. serui elect. 3. in princ. ff. de leg. 1.* & est bonus casus *in l. huiusmodi 86. §. Stychum, ff. de leg. 1.* vbi mihi testator Stychũ, aut Pamphilũ, vtrum heres vellet dare, legauit: is postq̃ declarauit, se velle Stychũ dare, varians Pamphilũ pstare volebat: quod cum Iureconsultus facere posse negat, ibi, *Cum autẽ semel dixerit heres, vtrum velit dare, mutare sententiam non poterit.* Quo argumẽto idem videbatur in casu nostro respondendum, vt factam semel nominationem infirmare emphyteuta non possit.

Quamobrem † ego aliqñ intelligebam, verbis legis R. gia adhærendum fore, quib. consta legislatorẽ illum tm casum respexisse, in quo dominus directus non simpliciter nominandi facultatẽ cõcessit, sed magis ad ips mortis retulit, cum infirmus foret, aut in extremis ageret: id enim innuunt illa verba, *se dado poder ao foreiro, que possa nomear algũ ã pessoa ante de sua morte, ou ao tẽpo de sua morte, poder a fazer nõa, & qualquer nomeação delle apparecer ate a tempo de sua morte, & pola derradeyra seram as outras reuogadas.* Intellexit ergo legislator, in hac specie misse potestatem variandi vsq; ad vltimũ vitæ spiritum. Eo n. ipso, quod lex infirmo, aut in extremis agenti nominandi facultatẽ tribuit, variandi quoq; potestatem concessisse visa est, ex ratione legis, *4. de adim. leg.* ac proinde vltimæ voluntati, hanc nominationem cõparare voluisse, dũ ad infirmum, & in extremis laborantẽ retulit. Quæ sane interpretatio mihi semp vera visa est, ex auctoritate Pauli I. C. *in l. vnum ex familia, 69. in prin. ff. de leg. 2.* Vbi heres grauatus cum moreretur, fideicommissum vni de familia relinquere, mutare voluntatem & semel factam electionem reuocare potest, ibi, *Vnum ex familia propter fideicõmissum a se relictum, cũ moreretur, heres eligere debet, & ei quẽ elegerit, frustra testamento suo legat, quod posteaquã electus est, ex alio testamento petere potest, vtrum ergo nã consistit quod datur, quasi creditori relictum, an quãdiu potest mutari voluntas, nõ recte creditori comparabitur, sine tamen duret electio, fuisse videtur creditor, siue mutatur, ex neutro testamento petitio competit.* Qui sane casus cõuenire videt hypothesi q̃ tractamus, de reuocãda nominatione, ab eo facta, quia dño directo secundam vel tertiam personam, ante mortem, vel tẽpore mortis, nominare, seu eligere grauatus est, quẽ posse voluntatem mutare, & a se factam electionem reuocare eo loco I. C. palã pbat *in versi. sine tamen,* Vbi postq̃ in vers. *vtrum,* dubitauit, cõsistere posse legatum eiusdem rei seu fideicõmissi, factum in fauorem eius, quẽ iam nominauerat, respondet, electionẽ mutari recte posse, eaq; mutata ex neutro testamento fideicõmissum peti posse. Quod minime respondisset Paulus, si intellexisset, firmam & immutabilem electionẽ esse, quoniam ex primo testamẽto grauantis, petere fideicõmissum electus posset, vt eodem responso Iureconsul. probat, ibi. *Quod posteaquam electus est, ex alio testamento petere potest.* Et hoc est, quod ibidem *in §. 1.* Iureconsultus ait, subsecuta nominatione, electum a primo testatore capere nõ minus, quam si nominatim ab eo vocatus fuisset. Iuxta quẽ sensum, & interpretationem, illustris quõdam D. Gõcalus Valascus Pinto primarius Conimbricensis, cuius singulares lucubrationes in manus nostras peruenerunt, docebat olim ab ea *l. vnum ex familia. in prin.* hanc Ordinationem Regiam, reuocandi semel factam nominationẽ, facultatem cõcedentẽ deductam fuisse, ex iam supra scripta ratione iurisque regula, quæ habet, omnem actum ad tẽpus mortis agentis relatum, reuocari, infirmariq; posse. Inducebat & viriliter doctissimus tex. ad id notabilem *in l. cum pater, 79. §. a filia ff. de leg. 2.* vbi similiter Papinianus, respondit, electionem factam a filia, dum viueret, inutilẽ esse, & reuocari posse: propterea quod cum moreretur, grauata fuit restituere, & vnum de familia eligere. Vt ex illis verbis plane liquet, dum Iureconsultus ait, *non esse electionem, & in eam dirigi posse fideicommissum, qui inter ceteros habiturus est, remota matris electione.* Vides qualiter Papinianus, eo in loco, idem, quod *in d. §. a filia,* Paulus respondet, nominationem ab eo factam, qui cum moreretur, dare iussus est, infirmari posse, & iterum vsque ad mortem reuocari, ad instar, & similitudinem donationis caussa mortis, q̃ vsq; ad tempus mortis reuocari potest *l. §. 1. Inst. de donatio. l. non omnis, ff. si cert. pet.* Quod frequẽtius receptũ est, quoties actus gestus mortis confirmationem exigit: quemadmodũ contingit, in donatione inter virum & vxorem, celebratã, vt obseruauit gloss. verb. *in mortem conferatur, in l. Papinianus ff. de donat. inter vir. & vxor.* Quod & in donatione facta a patre in fauorẽ filii obtinet, quæ similiter morte parentis, vel filii emancipatione, cõfirmatur, *l. sine emancipatis, 17. C. de donatio.* eo enim vsque reuocari posse, indubitati iuris est, vt ibi innuit Imperator, *non ademisti,* insinuans, potuisse patrem tempore emãcipationis, rem donatam retinere, eaque filium priuare, si vellet, quamuis ex post facto, non posset, quia non minus emancipatione, q̃ morte paterna donatio confirmatur, ac stabilitur. Vt ea lege sancitum est, quod prius manifestissime docuit Papinianus *in l. donationes, 32. §. pater. ff. de donat.* Vbi Iureconsul. in hæc verba, *Pater, qui filia, quam habuit, in potestate, mancipia donauit, & peculium emancipatione non ademit, ex post facto donationem videtur perfecisse.* Ecce quam singulariter eo in loco id Papinian. probat, teste Paulo ibidem, qui nõ meminit, Imperatorem *in d. l. si emancipatis,* hoc idem statuisse: imo, & *in l. 2. C. si quis alteri vel sibi,* vbi idem sanxit Alexander Imp. Quæ vtilis profecto resolutio est, & in his regnis valde notabilis ad casum, quo filius, cui pater peculium concessit, vel bona donauit aliqua, & tradidit, vxorem duxit. In his enim regnis per contractum matrimonii filius a patria potestate liberatur, & emancipationis iura consequitur, *per l. Regiam tit. 87. §. 6.* Quare apud nos non minus matrimonio, quam emancipatione, videtur concedenda donationis confirmatio. Quod an verum vide Palacium Rub. *in rub. de donat. inter vir. & vxor. §. 71. nume. 6. Cyfuentes, in l. 47. Tauri, & Crotum, in l. frater a fratre ff. de cond. indeb. nu. 84.* Quæ omnia etsi illustri illi Doctori Goncalo Valasco placuerint, & ab aliis, tam illius, quam posterioris seculi præceptorib. Conimbricensibus probata fuerint illius eximii præceptoris vestigia insecutis: mihi tamen maturius, & cum iudicio consideranti, arridere nunquam potuere.

Animaduerto † enim responsum Iureconsult. 6 *in dict. leg. vnum ex familia,* nostræ legi Regiæ neutiquam accõmodari posse. Tum q̃a lex Regia loq̃tur in contractib. in quib. dispositio, *d. l. vnũ ex familia,* deficit. Tum etiam, quia loquitur, quando data est facultas eligendi incertum de certis, id est, vnum ex liberis, seu de familia. Lex vero Regia, quando est

eligendi las incertus, de incertis, inter quos maxima videtur constituenda differentia. Quoad primũ itaque, quod *d. l. vnum ex familia in prin.* non ꝓcedat, in contractibus, & sic quando alicui per viam contractus, eligendi seu nominandi tributa facultas est, videntur plane probare scribẽtes, *in l. statu liberum, 11. §. Stychum, ff. de leg. 2.* resoluentes, ex eo in casu illius text. cessare variandi potestatem, quia non decet vltimam voluntatem in pendenti esse, *l. fin. ad finem, C. commun. prædio. Peralta in d. §. a filia. l. cum pater, ff. de leg. 2. n. 12. cum seq. & n. 19.* quæ etiam ratio conuenit responso I. cons. *in l. huiusmodi 86. §. Stycham. ff. de leg. 1.* quo in loco illud idem dispositũ reperitur. Quod sane pendẽtiæ, & suspensionis, vt ita loquar, inconueniens in contractib. non consideratur, vt notat *in l. eũ qui certarum, 138. §. fin. ff. de verb. oblig.* quo argumento vidimus aliquando summæ auctoritatis viros respondentes, *d. l. vnum ex familia*, dispositionem, ad nominationes emphyteuticas, de quibus agimus, extendi non posse.

7 A quorum † tamen sententia ego libenter recedo, cum animaduerto, nihil magis verius esse, quam *d. l. vnum ex familia, in princ.* (quatenus concedit, variandi potestatem, ei, q. cum moreretur, grauatus est, dare, eligere, seu nominare) ad eam quoq; eligendi potestatem in contractu cõcessam extendere, quod palam probat Iureconsult. *in d. l. eum qui certarum, §. fi.* iuncto responso *d. l. statuliberum, §. Stychum. ff. de leg. 2. & l. huiusmodi, §. Stychum. ff. de leg. 2.* Pro quorum inductione aduerto, glos. fin. *in d. l. vnum ex familia*, induci sus text. ibi, quatenus heredi mutandi voluntatem, & semel factam electionem, potestatem tribuit, inducere textum *in d. l. huiusmodi*, §. *Stychum, ff. de leg. 1.* contrarium manifeste probantẽ, ac variandi facultatem omnino adimentem, ibi. *Cum autem semel dixerit heres, vtrum dare velit, mutare sententiam non poterit.* Eadem ferme verba repetit Iureconsult. *in d. l. statuliberum, 11. §. 1.* ibi. *Cum autem semel dixerit, heres, vtrum dare velit, mutare se te..tiam non poterit. & ita Iuliano placuit.* Quibus in locis Iureconsulti probant, eligere debentem variare non posse: qui certe loquuntur, in casu, quo heredi testatoris defuncto data potestas. Quamobrem [illegible] *d. l. vnum ex familia, in prin.* [illegible] ibi quatenus grauato variandi facultatem concedit. Pro solutione tandem inquit, ex aduerso adducta iura loqui & procedere, quando heredi testatoris, [illegible] cõcessa eligendi potestas: non prolationem ad tempus mortis, *cum morietur*, quemadmodum contingit, in casu *dict. l. vnum ex familia, in princ.* & in casu Ordinationis nostræ, in qua *cum morietur*, fuit emphyteuta grauatus nominare. Eo enim casu, quo potestas simpliciter cõcessa est, vt Interpretes nostri intelligunt, variatio prohibita est, ne quomodo vltima voluntas, per quam ea potestas conceditur, sit in pendenti. Quæ sane ratio in contractibus non procedit, vt nostri Doctores per text. ibi probant *in l. eum qui certarũ 138. §. f. ff. de verb. obl.* ibi: (*cum pure stipulatus sum illud, aut illud, ... tibi, quoties voles mutare voluntatem, ... quod præstaturus sit, quia diuersa est caussa voluntatis expressa ....*) Ex quo responso plane deducitur, in contractib. promissorem variare, & modo hanc, modo illam rem dare iuste posse. Cuius cõtrarium obtinet in vltimis volũtatibus in quibus semel eligens, variare non potest, *vt in dict.* *l. seruo* & in legatario, cui fuit optio legata. idem fore obseruandum ꝓbat Labeo, *in l. apud Aufidiũ, 20 ff. de optio. legata* ibi, *mutare voluntatẽ eum non posse, vt alia sumeret*, & ibi notant Doctores, *& in l. serui elect. ff. de legat. 1.* q. plane fatentur, in hoc vltimas voluntates, a contractib. sine vlla difficultate differre, vt post alios *n. 2. in fi.* & latius *n. 15.* obseruauit Ripa *d. l. serui elect. & glo. verbo, non poterit, in l. statuliberum §. Stychum, ff. de leg. 2. Tiraquel. in l. boues, §. hoc serm. ff. de verb. sign. limit. 15. nu. 9. Molin.* qui hanc testatur esse communem doctorum resolutionem *in lib. 2. de primog. Hispan. c. 4. n. 35.*

Ex † quorum traditione & auctoritate periclitari posse videtur, decisio *§. 1. huius tit.* quatenus negat, 8 emphyteuticam nominationem, ab eo factam, cui est simpliciter in contractu emphyteutico tributa nominandi potestas, reuocari posse. Quæ resolutio conuenire tñ potest ei. cui ex testamento, ea nominandi seu eligendi potestas competit. Is n. variare nõ potest, ne quo modo vltima voluntas suspendatur: iuxta quam interpretationem legis Regię dispositio iuris communis regulis aduersari videtur. Sed quia nobis studium non est, legum Regiarum conditores carpere, sed potius ad iuris gnomonem sanctiones ab eis promulgatas reducere, considerabam, hac in re, ius parti q̃situm, & factã executionem, voluntatis seu nominationis facta mutationem impedire per ea, q̃ habentur *in l. si is ... ff. de leg. 2.* Vbi Bart. & Imol. tex. *in l. apud Aufidiũ 20. ff. de optio. lega.* vbi postquam scriptum est, mutare eam se factam nominationem legatarium non posse, subiicitur decidendi ratio: quia per eam electionem est ius consummatum, & illi omnino quæsitum, ibi, *quia omne ius legati primatestatione, qua sumere se dixit, consumpsit, quia etiam res continuo eius fit, simulac dixerit se sumere.* Ex quo responso plane constat, cessare legatarii voluntatis mutationem, quia per electionem, ipso iure est facta executio, & legatario rei electæ pleno iure dominium quæsitum est: non minus, quam si a principio illi ea res pure legata fuisset: quo casu statim illi dominium fuisset acquisitum, ex regula *l. a Titio. ff. de furt.* tradit post alios Ripa, *in l. serui el..t. in prin. ff. de leg. 1.* tradit Bar. *in l. eum qui certarum, §. 1. col. 1. ff. de verb. obl.* resoluens etiam in cõtractibus cessare electionis factæ mutationem, quando ex ea est ius parti acquisitum. Quod sine dubio legis Regiæ auctor *in §. 2.* videtur [illegible], quatenus hoc casu negat, emphyteutam posse variare, quia per nominationem factã, est nominato plenũ ius acquisitum. Vt deducitur ibi. *Eo o podera mais reuogar essa nomeação, nem fazer outra a segunda, perque a primeyra seja reuogada. porque por a primeira nomeação, posto que o nomeado. nam seja sabedor da tal nomeação, he acquirido tanto direito, ao nomeado, que lhe nam pode ja ser reuogado.* Quibus verbis legislator apertissime docuit, per simplicem nominationem ius in nominatum transferri firmum, & irreuocabile. Qua ratione non est mirum, si in proposita specie voluntatis variatio, seu mutatio denegetur: quemadmodum & negatur, quando eligendi potestas in testamento, seu qualibet alia vltima voluntate fuit cõcessa, per iura supra citata: quæ ad concessionem indultam in contractibus extendi debent, quoties ex semel facta nominatione ius irreuocabiliter nominato acquiritur, quemadmodum contingit, in emphyteutica nominatione, de qua quæstio est, per

quum

Quam ex lege Regia, nominato etiam ignoranti ius irreuocabile acquiritur. Vt infra *in §. 1.* explicabimus, & tradit Bartol. *in d.l. eum qui certarium, §. 1. nu. 2. ff. de verb. oblig.* Ex quibus vtiliter resoluitur, Ordinationis Regiæ dispositionem in hoc principio, quatenus emphyteutæ, variandi potestatem concedit, quando illi infirmo, seu in extremis agenti est nominandi concessa facultas, a iuris regulis non recedere, quamuis passim pragmatici nostri, virique non vulgaris eruditionis, perperam contrarium existimauerint, ad supra scripta minime attendentes.

9 Secunda † autem obiectio diluitur, si recte perpenderis, dispositionem *d. l. vnum ex familia*, applicari huic legi Regiæ non posse: quoniam in eo loco I. C. loquitur, quando eligendi incertum de certis potestas data est. Siquidem eligendus erat vnus de familia, lex vero Regia loquitur, quando emphyteutæ, eligendi incertum de incertis potestas data est. Item in concessione emphyteutica, quod prima persona nominet secundam, & hæc tertiam in genere, nulla familiæ, aut certæ gentis facta mentione: inter quas quidem species, maxima constituitur differentia. Certi enim Iuris est, grauatum eligere vnum de familia, *cum morietur*, ante tempus mortis, irreuocabiliter eligere quempiam non posse, propter eorum præiudicium, qui tempore mortis extabant, ex quibus concessa est eligendi facultas, vt habetur *in l. cum pater, §. a filia, ff. de leg. 2. Gomezius, in l. 17. Tauri numer. 6. Parisius lib. 3. consil. 23. num. 22.* Sed contrarium obtinet, quando potestas eligendi incertum de incertis data est, quoniam hoc casu omne præiudicium eorum, qui tempore mortis superesse possunt, cessat. Quamobrem nulla iuris ratio patitur, dispositionem *d. l. vnum ex familia, in princip.* ad hanc Regiam ordinationem trahi, quamuis vtrobique grauamen de restituendo, cum morietur, fuerit adiectum. Quoniam longe diuersa caussa est, vbi incertus de certis vocatur, & de incertis. Quid est igitur dicendum? Manebit ne hæc Ordinatio Regia omni iuris præsidio destituta? nulla ei defensio supererit? Id sane opinantur plurimi. Sed ego contrarium censeo.

10 Quapropter † ego iam dudum cogitabam, legem hanc Regiam de plano, & absque vlla difficultate posse procedere, si consideres, emphyteutam habentem facultatem nominandi seu eligendi secundam, vel tertiam personam, cum morietur simpliciter, dum viuit, nominantem, nequo modo a concessionis forma recedere videatur, post mortem, seu cum morietur, nominasse dici, censeriq; debere, argumento *l. 1. §. bellissime. ff. vt legato. seu fideicom. nomin. caus.* vbi stipulatio super vltima voluntate interposita, consequitur naturam vltimæ voluntatis, recipitque incrementum ex sola mora re ipsa contracta, quamuis alias in contractibus stricti iuris, cuius naturæ stipulatio est, mora absque interpellatione extraiudiciali non contrahatur, *l. si ex legati caussa. cum seq. ff. de verbo. obligat. l. quod te mihi, ff. si cert. peta. gloss. & Doctores in l. mora. ff. de vsur. tradit Saporta, in tractatu, de mora, cap. 1. nume. 19. & Donellus eodem libro pag. 111.* & habetur *in l. in minorum. C. in quib. casib. in integr. resti. non est necess.* Quo argumento idem est respondendum in proposita specie, scilicet nominationem simpliciter factam, cum fiat ad executionem facultatis concessæ ad tempus mortis, illius naturam assumere, & consequenter vsque ad mortem reuocari posse, quasi sub commemoratione, mortis facta fuisset, prout in concessione erat expressum. Comprobat & hunc sensum text. *in eadem l. 1. §. si quis sub conditione, ff. eodem, vt leg. seu fideicommiss. nomin. ca.* vbi eodem argumento, & ratione scriptum est, stipulatione conditionali ius acquisitum non transmitti ad heredes, quando ea stipulatio, super dispositione testamentaria adiecta est: quamuis verum sit, quod spes est, debitum iri, ex stipulatione seu contractu conditionali, ad heredes transmittitur, vt probat Imperator *in §. ex conditionali. Inst. de verb. obl. iuncta l. pactum ff. de proba.* Sed oppositum probat Iurecons ult. quando stipulatio fuit adiecta super dispositione testamentaria conditionali: assumit n. hoc casu naturam vltimæ voluntatis, ad cuius executionem est interposita, ibi, *si quis sub conditione legatum stipulatus, pēdente conditione decesserit, stipulatio euanescit, quia legatū nō transmittitur, & huic stipulationi easdem caussas, & conditiones inesse sciendum est.* Ea est enim vltimæ voluntatis natura, quod ex ea sub conditione debitum, ad heredes nō transmittitur, *l. vni. §. sin autem, sub conditione, C. de Caduc. tollend.*

Quare † idem est respondendum in casu, quem tractamus, quod nominatio perfecta in vita ab eo, qui erat grauatus nominare, cum moreretur, quia repetitur facta ad executionē concessionis, ipsius quoq; concessionis naturam assumere dicat̃. & cōsequenter quod est reuocabilis, vsque ad mortem non minus, quam si sub commemoratione mortis ab infirmo emphyteuta facta fuisset, vt satis in specie obseruauit vtiliter Peralta, *in repet. l. cum pater, §. a filia, ff. de leg. 2. num. 45. cum seq.* sic intelligens procedere textum, ibi, quatenus concedit electionem semel factam ab herede reuocari posse, ab eoque alium de familia eligi, penes quem res ipsa, maneat. Intelligit enim illud procedere, quia eligendi potestas fuit in testamento concessa, cuius proprium est, vsque ad mortem reuocari posse. Secundum quam qualitatem Peralta credit intelligendam fore potestatē a defuncto cōcessam, & electionem ab herede factam: siquidem nihil aliud, quam executionem vltimæ voluntatis facta ab herede electio, continet, vt ibidem latius prosequitur & neruose probat ex auctoritate Iureconsulti, in sui ipsius ratione, *in l. stipulationum. 5. §. Conuentionalis. ff. de verbor. obligat.* Quo argumento, & simili in casu *d. §. a filia*, intelligit Peralta, semel factam inter viuos electionem reuocari posse, quia tendit ad executionem vltimæ voluntatis, cuius naturam assumens electio reuocabilis censeri necessario debet, *ex not. in l. 3. in fin. cum l. seq. ff. de adim. leg. l. Si mihi & tibi, § in legatis, ff de legat. 1.* Et hoc sane argumento in casu nostræ legis idem respōdendum est, nominationem ab emphyteuta factam variabilem esse, attenta concessionis natura, & clausula, *cum morietur*, sub qua illi nominandi tributa potestas reperitur. 11

Et † hoc sane videtur Ordinatio hæc Regia innuere, dum subdit, huiusmodi nominationem reuocari posse, quia omnis actus ad tempus mortis relatus reuocabilis est, ibi (*Porq̃ todos os autos. que saon ordenados, ao tempo da morte, se podem mudar, & reuogar ate morte.*) Quibus verbis legislator significare videtur, nominationem simpliciter factam, tacitā habere ordinationem, & relationē ad tempus mortis, 12

quamuis illins nulla fit facta mentio. Quod ex ratione ſupra ſcripta poteſt admitti, quia facta videtur ſecundum formam, & qualitatem conceſſionis, quæ cum fuerit ad tempus mortis relata, reuocabilis eſt, vt in ſpecie reſoluit Peralta *in d. §. a filia, n. 63.* quia omnis actus ſemper intelligitur factus ſecundum qualitatem, & aptitudinem facientis, *l. plenum §. equitii. ff. de vſu & habit. Alexan. & Iaſon, in l. ſtipulatio iſta. §. hi quoq; ff. de verbor. oblig. Felinus in c. cauſſam quæ. de reſcript.* & aliis ibidem comprobat Peralta, *& bene a numer. 65.* Qui ſane ſenſus neceſſarius eſt ordinationiq; regiæ conſentaneus. Alter enim Peraltæ auctoritas & inueſtigatio, ſi recte attenderis, contrarium magis reſoluendum conuincit. In eo enim *§. a filia,* impoſitum fuit filiæ grauamen, vt, cum moreretur, vni de liberis prædium daret, & reſtitueret, quod ipſa inter viuos fecit, & nihilominus poſſe eam reuocare, Iureconſultus reſpondit. Interpretatur Peralta, *loco iam citato,* id cauſſari naturam vltimæ voluntatis, cuius naturam aſſumens electio, ſeu reſtitutio, in vita facta, reuocabilis manet, quaſi facta ad vltimæ voluntatis executionem. Quæ ratio & ratiocinatio, ſi vera eſt, contrarium neceſſario reſpondendum eſt, obſeruandum fore in caſu Ordinationis noſtræ, in qua de conceſſione nominandi in contractu emphyteutico tributa agitur, cuius natura irreuocabilis eſt, *l. ſicut ab initio, C. de actio. & oblig.* Quo circa, ſi cum Peralta concedamus, nominationem aſſumere naturam rei, a qua pendet, & conſequenter a teſtamento pendentem, variabilem eſſe: fatendũ eſt, contrariũ iure reſpondendum, quando ex contractu nominandi poteſtas pendet. Rectius igitur dixiſſet Peralta, eam reuocationem, a Iureconſulto conceſſam *in d. § a filia,* ab ea clauſula pendere, quod filia vni de liberis dare grauata fuit, cum moreretur, ſecundum quam ſimpliciter facta reſtitutio, ſeu electio intelligenda eſt, ne quo modo eligens, a forma conceſſionis receſſiſſe videatur. Secundum quem ſenſum, & interpretationem, noſtræ legis Regiæ diſpoſitio recte procedit. Ex quo multa inferuntur.

13 Primo † quod hac in re nulla prorſus eſt cõſtituenda differentia, inter poteſtatẽ eligendi, ſeu nominandi conceſſam in teſtamento, & tributam in contractu, dummodo ſit eligens grauatus poſt mortem, ſeu cum morietur, eligendi. Variare enim ſemper poterit, & ſemel factam electionem, reuocare, *vt in d. §. a filia. l. cum pater, ff. de legat. 2. & hac l. Regia in prin. & probat Molina de primogen. Hiſpan. libr. 2. cap. 4. num. 34.*

14 Secundo † infertur, nihil omnino referre, ſit eligendus incertus de certis, vel de incertis: Nam quẽadmodum, in caſu *d. §. filia,* vbi fuit filia grauata eligere vnũ de liberis, & ſic de certis, variandi facultas conceditur: ita & in caſu Ordinationis noſtræ illa non negatur, licet eligendi vnum de incertis poteſtas fuerit conceſſa. Loquitur enim lex Regia, quãdo emphyteutæ conceſſa eſt emphyteuſis, cum facultate nominandi ſecũdam, vel tertiam perſonam in genere, non de familia, aut genere: etſi verum ſit, quod quoad alios effectus magnum eſt inter has ſpecies conſtituendum diſcrimen.

15 Inter † quas ille pręcipuus eſt obſeruandus effectus, valere minime nominationem ab eo factam in vita, qui debet eligere vnum de certis cum morietur, q̃uis valeat, vbi eſt eligendus vnus de incertis, vt lex noſtra in hoc princ. probat. Refragatur enim concedentis mens, & voluntas, qui a ſe datam eligendi poteſtatem reſtrinxit, ad tempus mortis, negans tacite eandem in vita poſſe fieri. ex regula *l. cum prætor, ff. de iudiciis. & l. maritus, C. de procurat.* limitata namque cauſſa limitatum ſolet effectum producere. *l. in agris. ff. de acq. rerum domi.*

16 Rurſus † illa verba, *Cum morieris,* conditionẽ inducunt, quia diem continent, & deſignant incertũ, qui in conditionem reſoluitur, *l. dies incertus, 64. ff. de condit. & demonſtr.* præſertim quia illa dictio, *quando* ſeu *cum,* conditionem importat, vt tradit Decius, *conſil. 421. num. 5.* Quocirca illa diſpoſitio, quod prima perſona poſſit nominare ſecundam & hæc tertiam, cum morietur, argumentum patitur a contrario ſenſu, vt ſic dicamus, negatam eſſe nominãdi poteſtatem antequam moriatur. Id enim proprium eſt conditionalis diſpoſitionis, quod in ſenſu contrario neget diſpoſitum, vt tradit Iaſon per tex. *ibi in l. pecuniam, & ibi etiam Decius. ff. ſi cert. petat. & in l. a. § huius rei ff. de officio eius, cui mand. eſt iur.* tradit Peralta *in ſpec. l. cum pater. §. a filia, ff. de leg. 2. n. 38.* vbi *a n. 35.* conatur probare ex ſupra ſcriptis, & aliis rationibus, infirmam omnino eſſe nominationem in vita factam ab eo, qui cum morietur, nominare grauatus eſt, refragante concedentis voluntate. Vt olim adnotauit Rogerius Hypomnematographus antiquus, cuius meminit gloſſa, *in d. §. a filia,* & illum ſecutus Cumanus *ibidem.* Nec mirum ſi conſideres, omnem diſpoſitionem conditionalem, inducere formam, ad vnguem obſeruandam in forma ſpecifica, *l. qui heredi ff. de cond. & demonſtr. l. Manius, eod. tit.* tradit Baldus ad id ſolitus allegari, *in authen. mater & auia C. quando mulier. officio tut. fungi poteſt.* idem Baldus *in l. 2. col. 1. verſic. tum quia conditio. C. de hered. actio. tradit Tiraq. poſt Peralta. in d. §. a filia, nu. 35. cum ſeq.* Quæ profecto maxima eſt dubitandi ratio, ad tex. *in d. l. cum pater. §. a filia, ff. de legat. 2.* & ad tex *in hoc princ.* Ordinationis noſtræ, quatenus plane probat, mero iure valere, nominationem in vita factam, niſi ex alia ſecunda ceuocetur. Id enim non patitur conditionalis diſpoſitio & per eam inducta, & ſpreta forma, quæ ſolet aliter facta vitiare, *vt in d. l. qui heredi,* habetur, & tradit Felinus, *in cap. cum dilecta, de reſcript.*

17 Verum † ne a cõmuni ſcribentium traditione recedere cogamur, animaduerto, illa verba, *Cum morieris,* vere, & realiter non negare, poſſe emphyteutam, vel heredem grauatum, in vita eligere, ſeu nominare, imo nominationem factam, ſeu electionẽ eſſe ſecundum concedentis voluntatem, qui ſane nominationem fieri voluit. Nec vrget, illa verba, *Cum morieris,* eam nominandi facultatem ad tempus mortis differre videri, & negare, ne prius fiat: qua qualitatem magis ipſius nominationis, quam ſubſtantiam negare reſpondendum eſt. Quo circa ceſſat electionis contra factę nullitas, vt notabiliter explicat Peralta, *in d. §. a filia n. 59.* in tertia ratione deciſiua ad tex. ibi, qui vtiliter reſoluit, mero iure valere, in vita factam nominationem, reuocabile tamen: quia reſpectu qualitatis deficit cõcedentis voluntas. Quare plenarium ea nominatio effectum conſequitur, cum nominans moritur, quia tũc tam quoad ſubſtantiam, quam quoad qualitatem concurrit domini directi voluntas, quam poſſe diuidi, & quoad ſubſtantiam exſequi de præſenti, quoad qua-

litatem vero s[illegible] vsque ad mortem, ibidem Peralta, *ante nu. 60. cum seq. & 62.* probat. Verum igitur esse intelligo, quod superius diximus, nominationem in vita factam, in casu huius Ordinationis Regiæ, quando emphyteutæ, cum moreretur, est concessa potestas, nominādi, censendam esse post mortem tacite factā, licet simpliciter fiat, vt latius probat Peralta, *d. §. a filia. l. cum pater. ff. de leg. 2. a nu. 63. & 65.* omnino videndus.

18 Vnde quoad effectū † validitatis, de qua agimus, nequaquam constitui vlla differentia potest, inter eum, qui habet potestatem nominandi incertum de certis, quo casu loquitur textus *in d. §. a filia, &*, *incertum de incertis* In qua specie hæc lex Regia loquitur, *hic in princip.* Vtroque enim casu nominatio morte confirmanda, mero iure tenet, nisi interim reuocetur, aut nominatus decedat. Vt inferius explicabimus.

19 Tertio † ex suprascriptis infertur, hoc casu nominatum, tāquam simpliciter nominatum in vita, sed magis tāquam post mortem vocatum, & nominatum, emphyteusin obtēturum: quoniam nominatio in vita facta, seu donatio intrinsecam habet relationem ad tempus mortis, per quam confirmatur, & plenarium sortitur effectum, vt nominatim explicat Peralta, *in d. l. cum pater, §. a filia. ff. de legat. 2. num. 42. vers. secundum, & post nu. 75. vers. quod autem.* vbi hoc latius prosequitur.

20 Quarto infertur, quod † facta in vita nominatio, & si reuocari valeat, in fauorem alterius de familia, propter illam tacitam & intrinsecam relationem ad tempus mortis, non tamen in fauorem ipsius nominantis, aut alterius cuiuspiam, respectu fructuum, & commoditatis, quam non obstante reuocatione obtinebit, nominatus. virtute nominationis in vita factæ: respectu namque commoditatis, & fructuum nocere, sibi pro tempore vitæ suæ nominans sine dubio potuit, & nominato donare. Quare, nec ipse nominans, nec secundo loco nominatus, ab eo fructus, & rei emphyteuticæ commoditatem, vindicare, quamdiu nominans emphyteuta vixerit, non valebit, vt post Paulum & Cumanum, ibi resoluit Peralta, *dict. §. a filia, num. 10. & ante numer. 63. versicul. tertium, & post num. 88. ante versicul. superest.* & Molina *de primogen. Hispan. lib. 2. cap. 4. num. 31.*

21 Quinto † infertur, huiusmodi nominationem caducam fieri, effectuque carere, quoties nominatum decedere, antequam decedat nominans, contigerit; nam cum *per suprascripta*, necessaria sit per mortem nominantis confirmatio, antequam id contingat, si decedat nominatus, vbi caduca exstinguitur nominatio, vt probatur *in l. non omnis. ff. si cert. pet. vbi Iason, num. 4. in fin.* & in specie docet Peralta, sic intelligens textum ibi, *in d. §. a filia, num. 62. vers. potest etiam,* & probat Ordinatio Regia hoc *tit. §. 4.*

22 Sexto infertur, in casu, *d. l. cum pater. §. a filia, ff. de legat. 2.* & in similibus, in quibus venit eligendus incertus de certis, minime obstare reuocationi nominationis factæ in vita; voluntatem ipsius emphyteutæ, nominantis, qui plane significauit, velle se quempiam irreuocabiliter nominare; Nam cum repugnet domini directi voluntas, directa in fauorem eorum de filia, qui superierunt, tempore quo emphyteuta moritur, non potest emphyteuta clausulam addere, *de non reuocando*, aut quampiam etiam similem, per quam reuocatio nominationis impediatur.

Verum † id minime obtinet, quando est emphyteutæ concessa potestas nominandi incertum de incertis, quemadmodum contingit in casu huius legis *hic in principio.* vbi proponitur hypothesis, in qua quilibet de populo, & sic incertus de incertis nominari potest. In qua specie, magis in fauorem emphyteutæ, quam cuiusque alterius personæ, videtur illa clausula adiecta, quod possit, cum morietur, nominare, *Peralta, in d. §. a filia. nu. 9. & 10. & 21. vers. præterea, rursus, & num. 26.* Quamobrem variandi, seu reuocandi nominationem, semel factam potestatem, remouere recte poterit, *ex regula l. pen. C. de pact.* & consequenter ita nominare vnum, ne amplius alium nominare, aut eligere queat. Vt hac Ordinatione *in princ.* probatur, & probat Peralta, *in d. §. a filia, num. 9. & 10. & in l. vnum ex familia, in princ. num. 19. ff. de legat. 2.* quæ vtilis profecto est differentia, & notabilis inter eum, qui habet potestatē nominandi incertum de certis, & de incertis. Illa enim potestate, reuocandi in vita factam nominationem, se priuare nequit, ne quo modo, agnatis, qui tempore mortis exstabunt, inter quos dumtaxat concessa dicitur eligendi potestas, noceat, & præiudicium pariat. Aliter maximum sequeretur absurdū, si forte in vita nominatus ante nominantem decederet. Is enim iuxta formam legis Regiæ hic, *in fin. princ.* poterit de re emphyteutica, tāquam sua libere disponere, ibi: *Antes a pessoa, que assi for nomeada, podera, dispor da dita cousa, &c.* Et consequenter poterit emphyteusin, in extraneos heredes transferre, & eos priuare, quos vocari dominus voluit. & concessit. Ergo necessario fatendum est, habentem eligendi facultatem vnum de certis, non posse nominando a se facultatem reuocandi nominationem abdicare. Quod verum esse, si recte consideres, deducitur ex verbis Iureconsulti, *in d. l. cum pater. §. a filia, ff. de legat. 2.* Vbi filia a patre grauata, prædia, cui vellet, ex liberis, cum moreretur, restituere, viua cuidam de familia ea prædia donauit, & nihilominus non obstante electione Iureconsultus respondit in alium dirigi nominationem posse, ibi: *Nam in eam destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter ceteros habiturus est, remota matris electione.* Perpendendum est, quod Iureconsultus ait, filiam vni donasse, ibi: *Vni ex liberis prædia fideicommissi viua donauit.* quo verbo præsupponit, filiam id egisse, ne amplius variare sibi liceret. Hæc est enim donationis natura, q; semel facta, firma permaneat, *l. perfecta donatio. C. de dona. quæ sub modo,* cum similib. traditis a Peralta, *in d. §. a filia, num. 31.* & id non obstare, quo minus reuocari electio possit, placuit: ex præscripta ratione, ne ceteris, qui eligi possunt, præiudicium fiat, vt explicat ibidem Peralta, *num. 90.* & prius videtur agnouisse Bartolus, *ibid. in fin.* dum resoluit, grauatum centum dare pauperibus huius ciuitatis Vlyssiponensis cum morietur, viuum illa donare nō posse, ne quo modo futuris pauperibus noceat sequitur Salyc. *in l. post mortem, num. 2. C. de fideicommiss. & ibi Iason, numer. 7.* & dicit communem Ripa, *in l. seruus electione, ff. de legat. 1. num. 14.* & praxim obseruare firmat Claudius. *in l. si ante. ff. ad Trebellian.* & trepidus concordat Menochius *de arbitrariis iud. qq. & sem. libr. 1. quæst. 89.* sequitur Peralta *in d. §. a filia* 23

CCC

firmans communem, num. 2. & post num. 9. cum Iasone Anton. Gomez. *in l. 17. Tauri, num. 7. Menchaca de success. progressu §. 29. numer. 14. Viuius lib. opin. commun. verbo testator iubens, ad fin.* Licet repugnet Baldus, *d. l. post mortem, num. 10.* quem ibi sequuntur, Paulus & Corneus *numer. 2.* & Decius *in l. cum tempus ff. de regul. iur. numer. 2. & ibi Cagnol. numer. 6. & Gomez. in l. 17. Tauri num. 7. Couarr. in c. cum tua. numer. 5. de testament.* & hanc veriorem, & benigniorem sententiam esse asserit, Peralta *in d. §. a filia post num. 4.* Qua ratione hanc magis probat Gomez. *d. num. 7. & Menchaca. d. num. 14. & de succession. creatio. §. 7. num. 19. & Padilla d. l. vnum ex famil. in princ. ff. de legat. 2. num. 12. & in l. post mortem, C. de fideicommis. num. 9.*

24 Septimo † infertur, huiusmodi reuocationem nominationis, non impedire promissionem de non reuocando, licet impedire soleat, reuocationem donationis caussa mortis, vt habetur *in l. vbi ita donatur ff. de donat. caus. mort.* quo in loco Marzianus docuit, donationem caussa mortis in donationem inter viuos transfundi, si illam non reuocare donans promisit, & ibi obseruant Doctores, *& in l. non omnis,* & ibi Iason, *nu. 2. & 3. ff. Si cert. pet.* Decius & Curtius, *in l. fi. C. de pact. a numer. 20. & consil. 305. & 470. Exea de pactis, num. 501.* tradit post alios Crotus firmans communem sententiam, *in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. obligat. numer. 78. & ibi Burgella, cap 39. tradit Duennas in regula 217. Gomez. in 2. tomo tit. de donatio. numero 22. Riminald. in princ. Institut. eod. titul. numer. 361. Bellonus consil. 60. numer. 13. & consil. 73. numer. 9. & Peralta in l. cum pater, §. a filia. numer 32. pag. 322. ff. de leg. 2. & nouissime Molina lib. 4. de Primog. Hispan. cap. 2. num. 40. cum seq. Pelaez in tract. de Maior. libr. 1. q. 30. num. 1.*

25 Quorum † resolutio adaptari non potest, casui, quem tractamus, quando quis est grauatus eligere seu nominare, cum moreretur, vnum de certis, seu de certo genere personarum. In qua specie, vt iam supra enarrauimus, ille neutiquam potest quempiam irreuocabiliter nominare, quoniam resistit concedentis voluntas, qui de superstitibus vnum tantum eligi posse voluit. Quapropter dispositio *dict. leg. vbi ita donatur,* frustra, ad propositam quæstionem trahitur. Intelligi enim sane debet in eo, qui libere potest rem de præsenti donare, & de illa disponere, vt notabiliter explicat, Peralta, *in l. cum pater §. a filia, ff. de legat. 2. numero 90.* sic intelligens text. ibi, quatenus reuocationem concedit, vt procedat, etiam si adsit promissio de non reuocando, quia id efficere emphyteuta non potest, *per supra scripta*, quando electio respicit incertum de certis, vt in casu *dict. §. a filia.* Concordat idem Peralta, *in l. vnum ex familia §. rogo. ante numer. 14. ff. de leg. 2.* & comprobat multis Pelaez *libr. 1. de Maior. quæst. 30.* Nec hoc mirum, quoniam nominatus, emphyteusin non capit, ex titulo donationis, inter viuos factæ, quamuis in vita ab emphyteuta fuerit electus, & nominatus, sed magis ex titulo legati, propter clausulam, *Cum moreretur*, ad quam dicitur relata in vita facta nominatio. Quocirca, quemadmodum legata testamento, vel codicillis, relicta, non desinunt esse reuocabilia, propter promissionem de non reuocando, vt resoluit Peralta, *in l. legatum ad fin. pag. 303. ff. de legat.* 2. ita & nominatio emphyteutica, debet manere reuocabilis, quamuis emphyteuta nominans promittat non reuocare.

Non † minus hanc sententiam iuuat eorum traditio, qui censent dispositionem *d. l. vbi ita donatur,* eo tantum casu procedere, quo liquet, donatorem voluisse inter viuos donare, *vt post Iason, & alios resoluit, Probus in c. 3. de procurat. in 6. numer. 6.* Sola enim promissio de non reuocando, non inducit irreuocabilitatem, vt ibidem explicat Probus & tradit Parisius *libr. 2. consil. 16. numer. 14. cum seq.* atque etiam Crotus, a Couarruuia relatus, *in rubric. de testamento 2. parte post numerum. pagin. 214. vers. cum alijs* quorum meminit Pelaez *lib. 1. Maiora. q. 30. numero 11.* Quorum traditio, absque dubio notabiliter fulcitur ex auctoritate Pauli Iurisconsulti, *in l. Senatus, 35. §. mortis, in fin. ff. de donat. caus. mort.* ibi. *Sic quoque mortis caussa donari potest, vt nullo modo fiat repetitio.* quæ verba plane ostendunt, donationem caussa mortis ita fieri posse, vt reuocari, & ex ea collatum repeti nullo modo queat. Quod ita in specie voluit gloss. *in l. si alienam. nu. 13. §. 1. ff. illo titul.* vbi similiter Iulianus respondit, sic posse mortis caussa donationem fieri, vt nullo casu eius caussa dati competat repetitio. Et fuit sententia Baldi, hoc ita firmantis, *in l. cum quis ff. de cond. caus. dati,* qui intellexit promissionem de non reuocando, censendam fore secundum naturam donationis caussa mortis, & sic seruatis seruandis, nisi donans reuocet. Citat *Bald. in argumentum l. quero 56. §. inter locatorem. ff. locati,* vbi pactum de non expellendo, intelligitur, nisi ille pensionem soluere negligat, secundum contractus locationis naturam, quod Iureconsultus innuit, dum subdit: *Tamen verosimile esse, ita conuenisse de non expellendo colono, intra tempora præfinita, si pensionib. paruerit, & vt oportet, coleret.* In quo text. ille est notabilis, secundum Iasonem *in l. qua dotis, ff. sol. matr. n. 32.* Hippol *sing. 42.* ampliantem etiam si adsit iuramentum. *Bald. & Paul. in l. fin. C. de non num. pecun. Bald. in l. fin. vers. secundo, quæ sancit. cog. Iason in l. cum proponas, in 2. C. de pact. & facit gloss. & text. in c. quemadmodum de iureiurand.* Concordat, in hoc Corneus *consil. 126. lib. 1. col. 2.* cuius ad id meminit Decius *in l. non omnis. numer. 11. ff. si cert. peta.* Licet repugnet, Iason, *ibi numer. 2.* Porro cum Baldo *dict. l. cum quis,* concordat Marianus Socinus *in l. sciendum, numer. 36. ff. de legat. 2. Alexand. in l. qua dotis, col. 3. fall. 6 ff. solut. matrim. Angelus consil. 254. Decius consil. 475. numer. 17. Aymon. consil. 31. versic. non obstat dum tertio. vol. 1. Molina de primogen. Hispan. libr. 4. c. 2. numer. 40. ad fin.* Quamobrem in proposita specie facili negocio defendi potest, quod promissio de non reuocando nominationem, intellecta secundum subiectam materiam, non impedit reuocationem in casibus, in quibus, secundum naturam actus gesti, illa potest reuocari.

Plurimum † iuuat si consideres, quod agentium actus, necessario ita sunt intelligendi, vt omnis prorsus repugnantia cesset, quæ, vt euitetur, omnis subauditio, & supplementum, admitti debet, & tolerari, *Bartol. in l. fin. §. idem quæsit. ff. de cond. indeb.* cum quo ibi transeunt Angelus, cæterique interpretes probant. *Cynus, & Baldus, in l. cum falsa. ad finem C. de iur. & facti ignor.* Quo argumento, in quo modo illa promissio de non reuocando, nocetur do-

ræ donationis caussa mortis, cui adiecta est, repugnet, necessario intelligenda est, saluis semper caussis, propter quas mortis caussa donatio renocari potest, vt solum comprehendat & dumtaxat respiciat alias caussas extraneas, donationi caussæ mortis non conuenientes. Omnis enim exceptio pendens, seu producta a natura actus gesti, semper videtur exclusa, firmaque, stabilis, & illibata manere. *Romanus consilio 211.* Ad hæc responderi etiam potest, eam promissionem de non reuocando, solum respicere reuocationem de facto, argument. notat. per gloss & Doctores, *in cap. pro illorum, de praben.* dum agunt. de clausula, *Contradictores compescendo,* quæ ad contradictores, de facto, non de iure refertur. Quod ita resoluendum opinatur Crotus, *in d. stipulatio hoc modo. ff. de verbor. obligat. numer. 78. cum sequentib. & ibi Butigella numero 39. Alexand. in l. qua dotis, numer. 11. ff. solut. matrimon. Iason (alicui. & Decius,* quos referens sequitur Probus, *in d. c. 3. numer. 6. de procurator. libr. 6. & Guilhelm. in cap. Raynutius verbo testamentum. in 4. numer. 27. ad finem de testament.* quibus adhæret Paulus Parisiua, *libr. 2. consil. 16. nu. 14. cum seq.* ad hoc idem Corneum citat Decius, *in d. l. non omnis ff. si cert pet. n 10*

28 Ceterum † ne tot graues auctores lectorem optimum in hanc sententiam prima facie probabilem trahant, operæpretium fore censui admonere, hanc traditionem minus communem esse, contrariam vero magis recentam, scilicet, promissionem de non reuocando efficere donationem caussa mortis irreuocabilem, non minus, quam si inter viuos facta donatio sit, vt palam Iureconsultus docet *in d. l. vbi ita donatur, ff. de donat. causs mort.* vbi Iureconsult. in hæc verba: *Vbi ita donatur mortis caussa vt nullo casu reuocetur, caussa donande magis est, quam mortis caussa donatio: & ideo perinde haberi debet, alia quamis inter viuos donatio.* & ibi notant Doctores, & tradit Aretinus *consil. 74. Butigella post alios in d. l. stipulatio hoc modo ff. de verbor. obligat. numer 39.* vbi Crotus hanc testatur communem, *num. 78. Iason in l. non omnis, ff. si cert. pet. num. 2. Decius consil. 35. numer. 3. Rominaldus in princip. instit. de donatio. numer. 361. Rolandus a Valle consil. 8. numer. 12. volum. 1. Ex ea de pactis, numer. 304. cum sequent. Molina de primogen. Hispan. lib. 4. cap. 2. numer. 40. & 45.* tradunt plures alii, quorum pauloante meminimus, *numer. 24.* a quorum quidem traditione, minime ausim in foro recedere, ex auctoritate Iureconsult. *in d. l. vbi ita donatur,* cuius verba omni solutione maiora mihi videntur, omnemque cauillationem excludunt, dum verba, *promissiones de non reuocando donata vllo casu,* efficiunt, donationem caussa mortis factam, fieri irreuocabilem: quoniam in hac specie mors magis dicitur fuisse donandi caussa quam quod donans noluerit inter viuos donare. Quamuis Butigella, & Crotus, respondere *d. l. vbi ita donatur.* magnopere conentur, *in d. l. stipulatio hoc modo, numer. 41. hic vero 81.* quibus modo minime respondere elaborabimus. Satis sit, hanc esse receptiorem, & veriorem sententiam, quam vsus quoque & praxis obseruat.

29 Et † ita secundum superiorem resolutionem quoties emphyteuta, seu heres grauatus, potest eligere, seu nominare incertum de incertis, necessario respondendum est, in vita factam electionem cum promissione de non reuocando, firmam, stabilem, & irreuocabilem esse, ex regula, *l. vbi ita donatur.* Cessat enim in hoc casu præiudicium superstitum, tempore quo morietur heres grauatus. Quę vtilis profecto est limitatio ad legem Regiam, *in hoc principio,* quatenus concedit, emphyteutam habentem potestatem nominandi, cum morietur, posse semel factam nominationem reuocare, quoties voluerit, vsque ad mortem. Intelligi enim debet, & restringi, nisi promittat, non reuocare: quoniam tunc standum est regulæ, *d. l. vbi ita donatur.* Vt reuocari sic facta nominatio non possit, etiam in casu huius Ordinationis *in principio,* in qua agitur de potestate nominandi incertum de incertis, & ita tradit Peralta, *in l. vnum ex familia, in principio, numer 19. 10' 2.* cuius tamen oppositum obtinet, & obseruandum est, quando est eligendus incertus de certis. *Vt iam supra resoluimus.* Nec in contrarium mouere quempiam debet auctoritas glossæ, cuius meminimus *supra numer. 26.* quoniam vt Molina, *lib. 4. de primog. Hispan. cap. 2. numer. 45.* resoluit, solum loquitur, & procedit in pacto de non contrauemendo, quod patitur dictam interpretationem, & est per quam vtilis declaratio, & frequens in praxi, quem ibidem etiam tenuit, *n. 43.*

Ego † tamen aduerto hanc resolutionem, seu limitationem ad hanc legem Regiam *in principio,* plane subuerti, ac labefactari ex eiusdem verbis, quatenus disponunt, potestatem reuocandi semel factam nominationem, perpetuam esse, quamuis per viam contractus onerosi, & irreuocabilis fiat, & si fauorabilis ille sit, in eoque Reipublic. fauor versetur, qualis est dotis caussa, quæ semper, & vbique præcipua est, vt habetur *in l. 1. ff solut. matrimon.* Quod cum ita legislatori placuerit, admitti nullo modo potest superior assertio, existimantium, sufficere promissionem de non reuocando, quæ secundum communem sensum, & intelligentiam, *in dict. leg. vbi ita donatur,* solum efficit donationem caussa mortis, alias sua natura reuocabilem, firmam, & irreuocabilem: quod ad impediendam nominationis factæ reuocationem, minime sufficit, nisi simul emphyteuta nominans cedat & transferat, in fauorem nominati omne ius & potestatem, quam habet in emphyteusi, vt ex verbis, *dict. leg. Regia, §. 1.* deducitur ibi, dum subdit: *E porem se o que assi tinha poder de nomear ate a morte, trespassar em sua vida em outra alguna pessoa, a dita cousa afforada, quer per titulo de dote, quer per qualquer outro titulo, trespassando na dita pessoa todo o dereito, que na dita cousa afforada tinha, nam podera nomear outra vez a nenhuma pessoa,* Vides lector candide, qualiter, nec dotis, nec alius similis onerosus, & irreuocabilis titulus, nominationis factæ reuocationem impedire non potest, nisi si nominans simul omne ius, quod habet in emphyteusi cedat, & transferat. Ergo simplex promissio de non reuocando, per quam, *vt paulo ante diximus,* caussa irreuocabilis, duntaxat inducitur, nullo modo admitti potest, quod impedire possit reuocationem: quandoquidem, nec id operatur dotis caussa, & sic irreuocabilis, aut quæuis alia similis, nisi simul omne ius emphyteuticum transferatur: si præsertim expendens legem Regiam loqui conditionaliter, & formam quandam inducere, ad producendam no-

minationem irreuocabilem, *vt inferius explicabimus*, ſecundum quam conſiderationem verba legis Regiæ tollunt omnem ambiguitatem, & aliam interpretationem remouent. Quare forma ab Ordinatione Regia præſcripta debet ad vnguem obſeruari, & omiſſa vitiat, *iuxta vulgaria principia*. Admittunt etiam verba conditionalia argumentum a ſenſu contrario, quaſi oppoſitum ſit reſpondeodum, vbi forma præſcripta non fuerit obſeruata, vt cum Peralta *in l. cum pater, §. a filia ff. de legat. 2. numero 35.* diximus. Quæ omnia profectò mihi commodam ſolutionem non poſſe admittere videntur. Et hæc interpretatio mihi placet, tãquam menti & verbis legislatoris Luſitani magis conſentanea: & hoc iure vtimur.

31 Ne quid † autem in hac re incuria, aut negligentia prætermiſiſſe videamur, non ignoramus, illuſtres Conimbricenſes præceptores, ac iuris prudentiſſimos, contrarium aliquando non multis retro annis, in ea florentiſſimæ Academia docuiſſe obſeruandum, ex regula, *dict. leg. vbi ita donatur, ff. de donation. cauſſ. mort.* coniunctò communi ſenſu, de quo ſupra, & Peraltæ auctoritate *in d. leg. vnum ex familia, in principio, numero 19. ff. de legat. 2.* reſoluentes promiſſionem de non reuocando, impedire electionis reuocationem rectè poſſe. Verum quia verba legis Regiæ hanc interpretationem excludere videbantur, reſpondebant viri illi Iureconſultiſſimi, legem Regiam negare, titulum dotis ſufficere ad impediendam reuocationem: quia ille titulus loco nominationis ſuccedit, vt habetur *in leg. vnum ex familia, § ſed et fundum, ff. de legat. 2.* Paria enim, vt illi opinabantur, ſunt, filiam nominare ad emphyteuſin, vel eandem emphyteuſio illi in dotem dare. Qua ratione quemadmodum nominatio facta ab eo, qui habet poteſtatem nominandi cum morietur, dicitur habere tacitam, & quodammodo annexam relationem ad tempus mortis: ita & dotis conſtitutio ſeu datio, quæ in nominationem reſoluitor, neceſſario debet habere, eandem tacitam relationem ad tempus mortis: quo fit, vt reuocabilia omnino cenſeri debeat, ad inſtar nominationis, cuius vicem dotis conſtitutio gerit. Secundum quem ſenſum intellecta lex Regia merito dotalem titulum, ſeu cauſſam non impedire nominationis in eo contentæ, & incluſæ reuocationem, ſtatuit, ac decreuit: ne quo modo impropriæ nominationi plus iuris, quam veræ, & propriæ tribuatur. Vnde quemadmodum oportet, emphyteutam nominantem promittere nominationem a ſe factam, non reuocare, vt illa firma perpetuo maneat, & irreuocabilis: ita etiam debet promittere, quod dotem promiſſam non reuocabit. Aliter ſi emphyteuſin ſimpliciter in dotem dedit, ſine promiſſione de non reuocando, vtique reuocare, & alium nominare, vſque ad mortem poterit.

Verum † ſufficere rei emphyteuticæ traditio-
32 nem, viri ibi doctiſſimi, credebant: quia rei traditio eſt actus repugnans relationi, ad tempus mortis, quam patitur nominatio aut ſimplex dotis conſtitutio. Quare per eam traditionem, videtur nominans receſſiſſe, a prædicta relatione, magiſque ſtatim de præſenti dare, & conſequenter a ſe reuocandi poteſtatem abdicare, & de non reuocando promittere voluiſſe: quod ſufficit, vt in ſimili tradit Aymon. *in rubr. ff de leg. 1. nume. 167.* Inducebant etiam ſcripta a Peralta, *in l. cum pater §. a filia, ff. de leg. 2. nu. 22.* Hactenus præclari illius iuris profeſſoris eximii.

Vltra † quos adduco fere in ſimili *l. 17. Tauri,* 33
vbi meliorationem factam in vnum ex filiis, ſeu deſcendentibus per parentes, tam ex contractu inter viuos, quam vltima voluntate, ipſis permiſſum eſt reuocare vſque ad mortem, niſi per contractum inter viuos alter parens poſſeſſionem tradiderit. & tradit Peralta *in l. Lucius Titius, in principio, ff. de legat. 2.* vbi inquit, quod ſi pater meliorauit filium, in teſtamento, vel codicillo, in tertio bonorum deſignata certa re, & eam tradidit ex interuallo, ſiue ſimpliciter, ſub commemoratione legati, talis melioratio dicitur irreuocabilis, *Tellus in dict. leg. 17. numero 83.* licet contrarium & perperam aſſeruit Antonius Gomez *in dict. leg. 17. Tauri, numero 24. per l. 1. ff. de adim. legat.* & alia, cuius ſententiam & merito impugnat Melchior Pellaez *in tractatu de Maioratu, quæstione 31. per totum*, facit etiam, quod tradit Baldus, *in capite primo, column. fin. verſicul. Sed ecce Imperator, numero 13. de confirmation. vtili.* Vbi inquit, quod ſi teſtator, in teſtamento, ſe nomine heredis, ſeu legatarii poſſidere conſtituat, transfert in illum poſſeſſionem, & legatum alias reuocabile irreuocabile efficitur. *per leg. Lucius Titius teſtamentum, ff. de legat. 2.* quem ibi ad hoc obſeruant Angelus, & Paulus, Bartolus, & Bald. *in l. legatum ff. de legat. 2.* & plura per Tiraquellum, *in tractatu de conſtitution. parte ſecunda, ampliatio. 23. numer. 1. cum ſequent.* & facit quod tradit Baldus, *in leg. ex teſtamento. numer. 1. C. de fideicommiſſ.* vbi ſcripſit, donationem factam in teſtamento, quam teſtator, ſi non iure teſtamenti efficax foret, in vim donationis inter viuos valere voluit, notario præſente & acceptante, adiecta clauſula conſtituti (quæ traditionis loco eſt) per abud teſtamentum poſtea factum reuocari non poſſe, *per notata in l. heredes palam, §. final ff. de teſtament.* & illam Baldi doctrinam refert, & ſequitur Socinus *conſilio 72 difficultatem faciebat, numero 1. column. 2. verſiculo, nam ſi ſuper legato.* quem ad hoc corrupte refert Gregorius Lopez *in l. 3. titul. 1. parte 6.* & tradit Angelus, *conſilio 179. numero 6.* & ſequitur Melchior Pelaez *in tractatu de Maiorat. libro primo, numero ſecundo.* Facit etiam, quod tradunt Baldus & Iaſon, *numero 4. in l. cum antiquitas. C. de teſtament.* vbi aſſerunt, donationem pure factam in teſtamento, reuocari non poſſe, quam doctrinam ex aliis confirmat Ripa, *in l. nemo poteſt. numero 35. ff. de legat. 1.* Facit etiam aliud ſimile; quia licet conditione pendente, venditio perfecta non dicatur, nec alius contractus, *l. hæc venditio, in principio, ff. de contra. emt. l. bonem, §. Si ſub conditione, ff de ædilit. edict. l hoc iure, ff. de verbo. obligat. plura per Tiraqnell. de retract. lig §. 1. gloſſ. 2. numero 21.* Hoc tamen locum non habet, quando pendente conditione rei traditio facta eſt: hoc enim caſu propter traditionem dominium transfertur, *l. dotis fructus, §. fin. cum l. ſequent. ff. de iure dotium,* quam ad hoc perpendit Bartol. Alexander & Aretinus *in l. 1. §. ſi vir vxori ff. de acquir. poſſ.* & probatur

tur *in l. sub conditione, ff. de solut.* & aliis adductis per Tiraquellum, *vbi supra numero 28.* est etiam text. *in l. 2. Cod. de peric. & comm. rei vend.* Decius *consi. 179. & in l. traditionibus, C. de pact. numer. 6.* Vltimo facit lex *Senatus. ff. de donation. caussa mortis*, vbi si res mortis caussa donata tradatur donatario, in eũ dominium transfertur, quod tradunt Bartol. & Paulus *in l. si mortis caussa res donata, ff. eodem titul.* Ripa *in l. 2. ff. de legat. 1.* Couarruu. *3. part. in rubr. de testament. numer. 19.* Quæ omnia eo adduximus, vt ostenderemus, traditionem rei, siue veram siue fictam, actum irreuocabilem plerumque efficere & reuocandi potestatem auferre, licet dispositio ad tempus mortis referatur, & sua pte natura reuocabilis sit. Quare iuri quoque consentaneum videtur, nominationem, quæ vsque ad tempus mortis relationem habet, & reuocabilis est, facta traditione omnino confirmari, & irreuocabilem fieri, iuxta superiorem Conimbricensium præceptorum traditionem.

33 Vides † lector optime a me superius defensam, & acriter me propugnatam Iureconsultissimorum Conimbricensium præceptorum doctrinam. Sed licet cum his grauissimis viris, quos impense colo, & veneror, nunquam mihi in apertum certamen cominus congrediendum duxerim, propter summam eorum auctoritatem, hoc tamen nos minime deterrebit, quo minus libere philosophemur: & nostram in medium proferamus sententiam, quando in controuersia, & disputatione, ad inquirendæ veritatis studium sita res est. Excutiamus modo, *an vera sit eorum traditio.* Asseruntilli, nihil interesse, inter simplicem nominationem, veram, & propriam, (qua emphyteuta filium filiamve nominat, ad emphyteusin) ac tacitam, quæ includitur, quando parens emphyteusin, dotis titulo confert: quoniam cum hæc dotis constitutio vim, & effectum nominationis habeat, a nominatione regulanda sit, ac proinde intelligere fas sit, tacitam quandam ad tempus mortis nominantis relationem, quam & ipsa nominatio vera habet, reuocabilem tamen naturam assequuta, continere, secundum communem scribentium resolutionem, *in d. l. cum pater § a filia, ff. de legat. 2.* Hæc sane ratiocinatio displicere nequit. Verum quod ipsi asserant, nihil magis dotis dationi, quam vera nominationi tribuendum fore, minime placet. Nam & si verum sit, dotis dationem, nominationem quandam tacitam continere, non proinde sequitur, in omnibus, & per omnia, a vera simplicique nominatione regulandam fore. Cum iure exploratum sit, veram, & simplicem ad emphyteusin nominationem, seu electionem, a mere lucratiuo titulo procedere: siue dominum directum respicias, a quo nominatus dicitur capere, *l. vnum ex familia, in princip. & §. 1. ff. de legat. 2.* Siue etiam ad ipsum emphyteutam nominantem verba conuertas, qui etiam in cui dando, seu hunc magis, quam illum eligens, gratiam facere censendus est. Quamobrem passim in confesso est, simpliciter nominatum ad emphyteusin, titulo gratuito, & lucratiuo frui existimari, cuius contrarium obtinet, in eo, qui dotis nomine, & titulo, seu caussa, emphyteusin capit. Is enim & si nominatus esse videatur, oneroso, & irreuocabili fungitur titulo, propter onera matrimonii, quæ subit, propter quæ dotalis titulus onerosus reputatur. *Vt in l. ex promissione, ff. de action & obligat. glossa & ibi post alios Iason, in l. si donaturus, ff. de condit. ob causs.* Brechens, *aphorismor. 148.* Segura *in l. cohereds, ff. de vulgari, fol. 26. columm. 2.* Palacius *in cap. per vestras, §. 71. numer. 7.* Tiraquell. *in l. si vnquam, verbo, donatione, numer 175.* Ferdin. Arias, *in l. 15. Tauri post numerum 25. & ibi* Palacius *rubr. in l. 17. Tauri, numero 53.* Pinellas *de bonis maternis, fol. 124. illation. 31. tradit* Decius, *consil. 260. ante numer. 5. cum sequent.* quibus adde gloss. *in l. 17. Tauri verbo onerosa colum. 2.* Quantum igitur interesse solet quoad rei concessæ reuocationem inter titulum lucratiuum, & onerosum: tantum constitui debet inter nominationem simplicem, quæ gratiosa est, & dotis dationem, quæ licet nominationem contineat, ab oneroso tamen titulo, & omnino irreuocabili proficiscitur. Quamobrem in ea dotis constitutione, inserta nominatio, ex natura tituli dotalis, a quo procedit, irreuocabilis, censeri debet: quemadmodum censetur, quæ sub rei emphyteuticæ venditione continetur, quæ similiter firma, & perpetua est. Ex quibus palam est, dotis dationem ex sui natura, quia irreuocabilis est, relationem ad tempus mortis pati non posse, quamuis vera nominatio, & simplex illam patiatur: quoniam in nihilo noceat nominato, qui caussa fruitur lucratiua, minime repudiante ad tempus mortis relationem: quam omnino, imo nihil magis abhorret, titulus onerosus, qualis est dotis, venditionis, aut similis. Ex quibus, (nisi fallor) palam refellitur, sententia, & opinio Conimbricentium, existimantium, nullam hac in re inter veram nominationem, & eam, quæ inducitur ex dotis constitutione, fore assignandam differentiam.

Quod † autem viri illi doctissimi obseruandum arbitrantur, sufficere, rei scilicet emphyteuticæ traditionem, vt dotans, seu nominans a relatione ad tempus mortis recessisse intelligatur, propterea quod est actus, qui huiusmodi relationi omnino aduersetur; mihi etiam minime placet, & iuris regulis refragari videtur. Obstat enim responsum Iurisconsulti, *in l. cum pater, §. a filia, ff. de legat. 2.* vbi ad rei traditionem mater progressa est, & nihilominus propter annexam, & collatam ad tempus mortis relationem, reuocare electionem potuit. Concordat *l. vnum ex familia, in princip. eodem titul. tradit* Gomez *in l. 17. Tauri, numer 24.* Pelaez *in tractat. de maior. libr. 1. quæstio. 31. numer. 1. in princip.* Nec mouere viros illos debuit, quod Peralta, insurgens pro ratione dubitandi aduersus tex. *ibi in d. §. a filia, numer. 22.* scripsit, ex auctoritate Iureconsulti *in l. sub conditione ff. de solutio.* Vbi retenta tertia glossæ lectura, communiter recepta, inuecta *l. Sed etsi, ff. de iure dotium*, probatur, debitorem conditionalem, pendente conditione soluentem, in dubio videri dominium transferre, nisi contrarium appareat. In quo Iureconsultus præsupponit, irreuocabilem, & omnino perpetuam eam dominii translationem censendam fore. Ea est enim natura translationis dominii, vt firma & perpetua sit, *l. quæ sic, ff. de solut. vbi Bartol. & Dd. & in l. si quis vi, §. differentia, ff. de acquir. possess.* quo argumento viri illi resoluendum opinabantur, sufficere rei tra- 34

ditionem, vt ad tempus mortis facienda relatio omnino cessaret, ac conquiesceret. Repugnat enim illi relationi, (per quam nominatio reuocabilis fit) perpetuitas inducta, ex ipsa rei traditione, per quam nominato dominium acquiritur. Ex regula *l. traditionibus, C. de pact.* Sed non satisfacit, quoniam vt ibidem Peralta respondet, *fol. penult. column. 1.* prædicta argumentatio, solum procedit, quando caussa, ex qua dominium rei transfertur, perpetua est, quo casu perpetua etiam erit dominii translatio, & acquisitio: non sic quando titulus, seu caussa, ob quam, temporalis est, qualis est hæc, quam tractamus. Quoniam, vt superius aduertimus, ob voluntatis dominicæ repugnantiam, ante tempus mortis rei dominium, pleno iure in nominatum transferri non potest, *vt ibi latius Peralta tradit.*

35 Octauo † infertur, quod nec iuramentum huiusmodi reuocationem impedire poterit, quamuis donationem caussa mortis soleat, irreuocabilem efficere, vt resoluit Ripa *in cap. 1. de iudic. num. 29. Aymon. consil. 214. numer. fin. Peralta in l. vnum ex familia. princ. num. 29. & Euerardus, consil. 128. Aretinus, consil. 74. Butigella in leg. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verbor. oblig. numer. 38. Iason, in l. qua dotis, numer. 34. ff. solut. matrimon. Bologn. in authent. sacramenta puberum, numer. 100. C. si aduersus venditio. Molina, lib. 4. de primogen. Hispan. cap. 2. numer. 56.* resoluentes, mortis caussa donationem iureiurando non effici irreuocabilem. Quamuis contradicat Parisius *lib. 2. consil. 16. num. 16. in fin. cum seq.* & dubitet Butigella *d. nu. 38.* ex adnotatis *in l. fin. C. de non numer. pecun.* vbi scriptum est, iuramentum sortiri naturam contractus, super quo apponitur: tradit Bartol. *in l. insulam. ibi Iason, num. 38. ff. de verbo. obl. idem Iason in l. si conuenerit. ff. de iur. iur. omni. iudi. nu. 2. cum seq. vsque ad numer. 18. rursus & in l. si pecuniam. ad fin. ff. de cond. caus. dat. Couarruu. in c. quamuis pactum de pact. in 6. §. 4. per tot. Parisius, lib. 1. consil. 73. numer. 12.* vbi plures citat. *& numer. 48. & 49. comprobat, & Pelaez, lib. 1. de Maioratu, q. 21. num. 8. ad fin. & sequent.* Secundum quem sensum si intelligas appositum esse iuramentum super nominatione a viuo emphyteuta, facta, quæ tamen ad tempus, cum moreretur, ex concessionis forma referebatur, vtique sine dubio resoluendum est, eo iuramento non obstante, nominationem factam libere reuocari posse, per textum, *in d. l. cum pater, §. a filia.* Et hanc legem Regiam, quatenus probant, naturam huiusmodi nominationis reuocabilem esse. Secundum quam regulam iuramentum volenti reuocare, nihil prorsus nocebit, nec aliquod afferet impedimentum. Vt vltra relatos auctores resoluit Corneus *consilio 126. volum. 1. & Decius in l. non omnis, ff. si cert. peta. numer. 10. Hippol. singul. 42. & Molina de primogen. Hispan. lib. 4. cap. 2. nu. 40. ad fin. & sequent.* Porro si priorem sententiam, quæ habet, mortis caussa donationem iuramento confirmari, & irreuocabilem fieri, quæ mihi verior, & receptior esse videtur, sequaris, nihilominus obtinebit, quod diximus, huiusmodi nominationem iuramento confirmatam, & stabilitam reuocari posse. Nam etsi concedamus, iuramento cõfirmatam mortis caussa donationem, firmam esse, nec vllo modo reuocari posse, vti resoluendum intellexerunt supra relati auctores, non proinde sequitur, irreuocabilem fieri nominationem, de qua agimus. Clarum est enim in donatione caussa mortis, non de alterius, quam ipsius donantis præiudicio agi, qui iureiurando, libere sibi circa reuocationis potestatem, nocere potuit: quemadmodum nocet parenti, Maioratum instituenti, qui, si iuramento confirmauit, reuocare, minime poterit. Vt late comprobat Pelaez. *in tract. de Maiora. lib. 1. q. 21. n. 8.*

Sed † contrarium obtinet in nominatione, de qua agimus, in qua non tam de nominantis præiudicio, quam eorum, qui tempore mortis ipsius nominantis, superesse possunt, agitur, iuxta formam concessionis, per quam potestas eligendi, cum morietur, data est. Iuramenti enim vis, & potestas, in tertii præiudicium nihil prorsus operatur, *vt tradunt Couarruu. de sponsalib. cap. 2. part. 2. §. 1. numer. 3. Tiraquell. in legib. connubial. gloss. 4. numero 26. Bacca de non melior. filiabus, cap. 29. nume. 7. Gutierrez in authen. sacramenta puberum, numero 21. C. si aduersus venditio. & numer. 30. cum sequent. Menchaca, libr. de successs. creatio. §. 26. numer. 43. & lib. qq. illustrium, quæst. 104. numer. 3. & lib. qq. frequent. cap. 10. numer. 25. & cap. sequent. numer. 11. Rimirald. in princ. Instit. Quibus alien. licet. numer. 338. Parisius, consil. 72. numer. 17. & consil. 73. num....* Ex quibus sine dubio resoluendum est nominationis reuocationem impediri non posse, quando vnus de certis est eligendus, quoniam & si nominans velit a se illam reuocandi potestatem, in præiudicium eorum, qui mortis tempore supererunt, abdicare, non potest, *vt supra diximus.* Quapropter nulla iuris ratio patitur, eam reuocationem iuramento impedire posse: vbi vero erit eligendus incertus de incertis, quemadmodum contingit, in casu huius legis Regiæ, *in princip.* in quo fuit concessa emphyteusis, in genere, *pro eo qui nominabitur*, vtique contrarium facile defendi potest, quoniã vt lex Regia probat, potest emphyteuta, si velit, quemlibet iam irreuocabiliter nominare: si modo omne ius emphyteuticum in nominatum contulerit. Cessat enim in hac specie, in qua quilibet de populo nominari potest, eorum, qui supererunt, tempore mortis ipsius emphyteutæ, præiudicium. Quocirca sufficere iuramentum, dicere possumus, quando vim, & potestatem habet efficiendi actum irreuocabilem, aliter sua natura reuocabilem, qualis est mortis caussa donatio, *vt diximus.*

Habet † enim iuramentum vim, & effectum specialis consensus, *l. cum pater, § filius mat. cum, ff. de legat. 2. Baldus, & Salycetus, in l. 1. C. commod. Angelus. in l. fenium, C. qui testament. facer. poss. Corsetus, Iason, & alii, quorum meminit Palacius, in repet. cap. per vest. as. §. fin. nume. 22. Brechaeus, aphorismo. 114. in fin.* vbi addunt, quod special. in & indiuiduam renuntiationem inducit, tradit Tiraq. *in princip. l. si vnquam, C. de reuoc. donat. num. 127. cum sequen.* resoluens donationem, si iureiurando confirmata reperiatur, per filiorum natiuitatem minime reuocari: quamuis secundum veriorem sententiam, vt ea reuocatio impediatur, specialis, *dict. leg. si vnquam*, renuntiatio, & eius dispositionis mentio, requiratur. Vt obseruauit Oldraldus, *consil. 95. col. 2. & tradit Tiraq. vbi supra, a numer. 118. & Socinus, consil. 147. col. fin. volum. 2.* Item habet iuramentum vim specialis renuntiationis, *Bartolus in l. 1. col. pen. n. 12. & ibi Salycet. col. fin. C. commoda. Roman.* 37

& alios

& Alex. quorum meminit ad id Tiraq. d. nu. 127. adhærent gloss. Bartol. & alii, quos refert Palatius *in d. c. per vestras. §. fin. num. 25.* resoluentes remedium, *l. 2. C. de rescind. vend.* cessare, quando venditio fuit iuramento cõfirmata, quia videtur illius legis remedio, & cuicunque alii renuntiatum, *tradunt Canonistæ in c. pen. de emtio. & vend. & in c. ex rescripto de iureiuran.* Omnes denique exceptiones, quibus infirmari cõtractus potest, iuramentum submouet, *vt post Butrium adnotauit Palat. d. § fin. nu 25. vers. ex quo. & nu. seq. & alii adducti Tiraq. in d. l. si vnquam. C. de reuoc. donat. à nu. 127.* Et quod iuramentum remoueat remediũ *l. si vnquam,* cum Baldo adnotauit Parisius *lib. 1 cons. 72. num. 9.* quo tamen in loco licet contrarium defendat, *nu. 15.* ex auctoritate Bart. communiter recepti, *in l. Titia, §. Imperator, ff. de legat. 2. col. pen. Bald in l. 1. C. de inoff. don. q. fin. Aret. cons. 24* resoluentium, iuramentum sortiri naturam donationis factæ, & sic conditionem pati, nisi nascantur filii, in quorum præiudicium suum operari effectum iuramentum non potest. *vt ibidem cons. 73 nu 48. cũ seq.* ex pluri notũ auctoritate Parisius tradit, & Couarr. *in d. c. quamuis pactum, §. 4. nu. 3.* reuera, supra scriptis minime obest, quoniam solum eius resolutio conuincit, iuramentum non impedire nominationis reuocationem. quando est eligendus, seu nominandus incertus de certis: in quorum quidẽ præiudicium & perniciem, iuramentum aliquem effectum producere non potest, *vt paulo ante probamus.* Quamobrem merito quidem fortitur naturã nominationis, cui adiicitur, eamque subit imbecillitatem, ac limitationem patitur, id est, nisi vsque ad mortem reuocetur, quam etiam sustinet, in casu, *d. l. si vnquam,* nisi postea filii nascantur, *vt Paul. Paris. in d. duobus consiliis concludit.* Ceterum hæc non conuincunt, idem fore resoluendum in casu huius legis Regiæ, *in princ.* quoniam loquitur, quando est nominandus incertus de incertis: in qua specie cessat prædicta ratio, & tertii præiudicium, vt iuramenti vis & potestas detrahi possit. Quare cum vnus & alter casus differat per appositam rationem, sunt incompatibiles tam in essentia, quam etiam penes intentionem & voluntatem disponentis, vt alias tradit Bald. *in l. ex testam. C. de fideic. num. 1.*

38 Nono infertur, iuxta superiorem resolutionem esse intelligendum, quod ait Ripa *in l. seruo electione, ff. de legat. 1. nu. 6. ad fin* resoluens, irreuocabilem fieri nominationem, si geminata fuerit, argumẽto eorum, quæ habentur, *in Clement. fin. per gloss. ibi verbo, super ea, de appellat.* vbi resoluitur, interlocutoriam geminatam reuocari amplius non posse: quamuis alias semel pronũciata, reuocari recte valeat, vt tradunt omnes *in l. quod iussit, ff. de re iudica. & in c. cum cessante de appellatio. Ordinatio. lib. 3. tit. 65 in prin.* Quo argumento inquit Ripa, idem respondendum fore in nominatione reuocabili, vt geminata reuocari non valeat, quemadmodum & interpellatio geminata moræ impedit purgationem, *secundum Bart. in l. si insulam q. 1 ff de verb. obl. & ibi Dd.* iuxta quã interpretationem procedit text. qui variationem negat, *in l. fin. tit. 19 ff. de leg. 2.* quod multis comprobat Pelaca *lib. 1. Maiorat. q. 21. nu. 13.*

39 Aliter † igitur, is, qui nominandi facultatem habet, vsq; ad mortem, seu cum morietur, variare potest, & semel factam nominationem reuocare ex auctoritate Iureconsulti, *in l. cum pater, §. a filia, ff. de leg. 2. & l. vnum ex familia in princ. eod. tit.* a quibus fame iuribus nostra Ordinatio Regia *in hoc princ.* originem traxit, & eius ratio desumta, dum subdit, omnes actus, qui ad tempus mortis destinantur, vsq; ad mortem mutari, & reuocari posse, quæ iuuatur ex *l. 3. §. fin. cum l. seq. ff. de adim. leg. & l. si quis, in prin. ff. de leg. 3.* tradit Corneus *cons. 144. volum. 2. colum. fi. in princ.* resoluens, omnem actum, seu contractum mortis confirmationem exigentem, vsque ad vltimum vitæ spiritum reuocari posse: & hanc testatur esse communem scribentium sententiam. Verum hæc ratio, si recte consideres, solum respicit nominationem a me factam, cum moriar: quo casu dici potest, exigi mortis cõfirmationẽ, quasi ante mortem, nominare visus non fuerim, ad instar, & similitudinem eius, qui mortis caussa donauit, testamẽto, aut codicillis legauit, qui minime dicitur perfecte ante mortem donasse, aut legasse. Quare facili negotio, illi variandi potestas concedi potest: nõ sic quando simpliciter, nulla mortis mentione facta, quis rem donauit: is enim inter viuos donare dicitur, *vt tradit Iason l. qua dotis, ff. sol. mat. à num. 26.* hoc intelligẽs verum, etsi donans infirmus sit, cum donat. Multo ergo magis, quando quis sanus, & viuus donat. Quæ resolutio sine vlla difficultate procedit: eiusque argumento in casu legis nostræ, si quis emphyteuta, viuus, & sanus, nulla mortis commemoratione facta, nominauerit secundam vel tertiam personam, vt, que respondẽdum erit, reuocari eam nominationem non posse, ex regula *l. sicut ab initio. C. de actio. & oblegat. & l. perfecta donatio. C. de donatio quæ sub modo.* Cuius contrarium Ordinatio Regia hic probat, *in princ* & verum esse Iureconsultus docet *in d. §. a filia.* Vbi in vita grauatus fideicommissum donauit, & nihilominus variare potest: Ex ea ratione; quia omnis dispositio, in tempus mortis collata, est reuocabilis, ad similitudinem vltimę voluntatis, & mortis caussa donationis. At quia hæc ratio nõ videtur concludens, ex proxima consideratione adnotandum cẽseo, quod is, qui habet nominãdi potestatem, cũ morietur, simpliciter viuus, si nominauit, dicitur nominare, facta relatione, ad tempus, cum morietur: quia videtur se conformare, cum forma a domino directo prescripta, & consequenter eo tempore nominare voluisse, quo sibi nominandi potestas concessa est, ex regula *l. in tempus. ff. de hered. instit.* vbi not. Dd quod eo tempore dicitur quid fieri, ad quod fit relatio. Quod quidem legislator in hoc principio optime videtur agnouisse, cum nominationem in vita factam, intellexit tempore mortis factam, ibi *todos os autos que sam ordenados ao tempo da morte, &c.* per relationem scilicet tacitam ad tempus mortis, quam patitur simplex nominatio, licet mortis non fiat mentio, & sic procedit lex nostra, & *dict. §. a filia.* & quod in terminis tradit Paulus Parisius *consil. 23. libr. 3. numer. 17.* Nequit enim dici hoc casu nominato, ius quæsitum. cum ad tempus mortis est relata nominatio, vt obseruauit Paul. Paris. *lib. 2. cons. 24. nu. 63.* vt impediri reuocatio possit, quẽadmodũ impeditur infra *in §. 1.* qui in eo differt. ab hoc principio. quoniã cõtinet casum, in quo nominatio facta in vita, nullam ad tẽpus mortis, relationẽ habet. Quapropter statim dicitur nominato irreuocabile ius quæsitũ. Hic vero ppter relationẽ ad tẽpus mortis factã, qa nullum irreuocabiliter ius quæsitũ est, variatio conceditur,

ad instar, & similitudinem donationis caussa mortis, quam vsque ad mortem reuocari in confesso est. *ex l. non omnis. ff. si cert. pet. & l. qui mortis caussa. & l. Senatus. §. donatio. ff. de dona. causs. mort.* quod ita in indiuiduo probat tex. *in l. vnum ex familia in princ. ff. de leg. 2.* & tradit Euerard *cōs. 128. Gomez. in l. 40. Tauri, nu. 50* firmans communem.

Quibus † minime obstat tex. *in l. nam & si cũ mo-*
40 *riar. 17. ff. de condict. indeb.* Vbi Vlpianus contrarium ex diametro videtur probare in hæc verba, *Nam si cum moriar, dare promisero, & ante soluam, repetere non posse, Celsus ait, quæ sententia vera est.* Quo sane argumento, idem in proposita specie videtur respondendum, vt is, qui nominare debet, cum morietur, antea nominãs reuocare factam nominationem non possit. Nam cum certum sit debitum iri, quia post mortem omnino exstituram, erat ille grauatus dare, etsi de præsenti nullo iure obligatus exsistat, datum repetere non potest: ad impediendam enim repetitionem indebiti soluti, sufficit certitudo, quod erat soluens futurus debitor, vt docet IC. *in l. Iulian. vers. 1. ff. de cond. indeb.* & notat Ias. *in l. sub conditione ff. illo tit.* Sed minime hoc obstat, si consideres illum textũ, *in l. nam si cum moriar,* loqui in casu, quo res post mortem erat restituẽda, incerti, seu certæ personæ, quo casu grauatus, si in vita restituat repetere non potest quia in hac specie de suo tantum præiudicio agitur, non alterius: qua ratione cessat sane repetitio, quia iure suo renuntiare potuit, ex *l. pen. C. de pact. text. in l. post mortem, C. de fideicommiss.* vbi post mortem grauatum, posse viuum restituere absque vlla difficultate Imperatori placuit: cuius diuersum est, in proposita specie, in qua non tam agitur de præiudicio nominantis, quam eorum, qui tẽpore, quo nominatus morietur, superesse possunt, in quorum fauorem illa clausula nominandi, cum morietur, adiecta est. Quamobrem ne illis fiat præiudicium, receptum est semel factam in vita nominationem vsque ad mortem reuocari posse. *vt in d. §. a filia & ibi Peralta nu. 94. & d. l. vnũ ex familia.* vbi notant Dd. reuocari in vita factam nominationem posse, ex dominica concessione, quæ in fauorem familiæ, seu existentium tempore mortis grauati nominandi, seu eligẽdi potestatem restrinxit, ad tempus mortis. Quod ẽr obseruauit Loazes, *in l. filiusfa. §. diui, ff. de leg. 1. numer. 76.* & propterea cum ratione Gomezius *in l. 40. Tauri, post numer. 50.* asserit notata *in d. l. vnum ex familia.* solum procedere, qñ venit eligendus incertus de certis, non sic, qñ res est certæ personæ restituenda: quoniam tunc de solius grauati præiudicio agitur, qui cum vult sibi nocere, põt in vita rem restituere ex regula *l. post mortem, C. de fideicom & d. l. nam si cum moriar.* tradit Molin. de primogen. *Hisp. lib. 2. c. 4. n. 23.* & Peralta *d. §. a filia, n. 8.* intelligens in casu *d. l.* post mortem dilationem fuisse appositam, in fauorem grauati permissiue, vt rẽ posset post mortem restituendam, viuus retinere, si vellet, quare in vita dare si vult, potest: Idque generale est, in omni debitore, qui ante diem, si vult, soluere potest. Vt tradit Mainerius *in l. cum tempus, ff. de reg. iur. nu. 1. & 7.* Quod procedit, etiamsi is debitor creditores habeat *l. patre, ff. quæ in fraud. credit. Peralta, d. §. a filia nu 20.*

41 Caue † tamen, quia Bart. *in d. l. nam si cum moriar, ff. de condict. indeb.* post antiquiores interpretes, aduersus illius text. dispositionem: imo quod debitor, cum morietur, seu post mortem solutum debitum in vita repetere possit, arguit de glossa, *in l. Seia §. fin. ff. de donatio. causs. mort. & in l. Seia, ff. de dote præleg.* quatenus resoluunt promissum, seu donatum, post mortem, seu cum morietur, esse reuocabile, ad instar donationis caussa mortis. Quocirca in casu legis *nam si cum moriar,* inquit Bart. concedam fore restitutionem, saltem per viam pœnitentiæ, vt d. glossæ probant. Potuisset Bart. vtiliter ad hoc inducere *d. l. cum pater. § a filia, & d. l. vnum ex fam. ff. de leg. 2* quibus in locis illud in fortioribus terminis probatur, nempe quando fuit heres grauatus restituere, cum morietur, & simpliciter, viuus restituit, nulla prorsus mortis facta mentione. Intelligunt interpretes nostri, eam restitutionem simpliciter factam a concessione regulandam fore: & consequenter factam fuisse, sub commemoratione mortis, vt reuocabilis fiat: cuius contrarium probat *d. l. nam si cum moriar,* negans in hac specie debiti promissi, & ante mortem soluti repetitionẽ. Quare contrariæ videntur omnia suprascripta. Ceterum Bartolus hanc difficultatem soluens, asserit, *d. l. nam si cum moriar,* & similia iura, negantia repetitionem, debiti soluti, ante mortem ab eo, qui cum morietur, dare promiserat, intelligenda fore, quando præcessit aliqua caussa promittẽdi, ex qua colligitur, promissionem inter viuos factam fuisse, non caussa mortis: quoniam tunc repeti solutum non potest, vt ibidem aliter in dubio, quoties non constiterit de caussa promissionis, censendam fore promissionem mortis caussa factam, & sic reuocabilem, *l. mortis caussa ff. de donat. causs. mort.* quo casu procedit lex nostra, cum similib. dum probant reuocari posse, in vita datũ ab eo, qui cum morietur, dare tenebatur. Vbi n. caussa adest, docẽs, inter viuos factam esse promissionem, cessat mortis caussa donatio, quamuis illius fit mẽtio: quia intelligitur facta differendæ exsecutionis gratia, in fauorem promittentis, ne ante mortẽ promissum dare compelli potest, potiusque impediendi ortũ obligationis de præsenti, & inter viuos. Secundum quem sensum, & interpretationem Bart. credit intelligendam *l. 1. C. vt actio. ab hered. & contra hered.* quatenus concedit, validam esse stipulationẽ, qua quis est stipulatus aliquid dari, aut fieri post eius mortem, sublata antiqua regula, de qua ibi per interpretes, & in *l. quæcunq. ff. de actio. & oblig.* Per quã ea stipulationis forma impossibilis reputabatur, & similiter contraria, qua quis post mortem suam, quod dari, aut facere promiserat. *§. post mortem, Inst. de inutilib. stipul.* Verum quia ea impossibilitas, nimis, & molesta iuris subtilitate nitebatur, contra mentem contrahentium, ac communem hominum vtilitatem, emendatione, & correctione digna Iustiniano visa est *vt in d. l. 1. & d. §. post mortem, habetur, & in l. scrupulosam, C. de contrah. stip.* Iuxta hunc etiam sensum subdit Bart. intelligendam esse, *l. hereditarium 7. ff. de bon. auctο. iud. poss.* vbi Paulus IC. in hæc verba, *Hereditarium æs alienum intelligitur, etiam id de quo cum defuncto agi non potuit, veluti quod is, cum moreretur, daturum se promisisset: item quod is, qui pro defuncto fideiussit, post mortem eius soluit,* habetur *in §. item autem concepta, Institut. de inutilibus stipul.* Præsupponit necessario Paulus Iureconsultus in eo responso, eum, qui promisit se daturum, cum moreretur obligatum in vita esse, quamuis aduersus ipsum agi non possit, propter adiectionem

dic I

dici incerti, exactionem differētis post tēpus mortis. Quod etiam ex exemplo ibidem posito de fideiussore soluente post mortem principalis, colligitur plane. Is n., quamuis post mortem debitoris soluat, cōtra heredem agere potest, possessionemq; ex illo interdicto petere, quia inter eum, & defunctum, fuit mandati actio, & obligatio contracta, aduersus heredes, & ad heredes transitoria. Quare idem est dicendum in priori exemplo Pauli, *in d. l. hereditarium*, exposito, quando defunctus promisit cum moreretur, se daturum. Dicitur enim, in ea specie statim nata actio, & obligatio, cuius exsecutio ad tempus mortis, collata est. Quod verum esse colligitur ex *lege finali, C. de contrahen. stipulation.* Vbi Imperator a veterum traditione recedens, qui stipulationē inutilem esse censebant, si quis cum moreretur, insulam ædificare promisisset, inquit, *sed nobis sensum contrahentium discutientibus, verosimile esse videtur, hoc inter eos actum, vt incipiat quidem contra morientem obligatio, immineat autem heredibus eius donec ad effectum perducatur.* Quæ plane Imperatoris verba, satis aperta docent, promissionem ex caussa de præsenti obligatoria, relatam ad tempus mortis promittētis, obligationem producere & actionem, aduersus eius heredes transituram, vt promissionem ad effectum producant. Quo circa in casu prædictæ *l. nam si cum moriar. 17. ff. de conditio. indeb.* vbi is, qui promisit, dare, cum moreretur, viuus præstans promissa, non repetit, necessario fatendum est, inesse obligationem, propter quam impediri repetitio potest. Quæ fuit sententia gloss. *in l. 1. & ibi Azo in summa, C. vt actio. ab hered. & contra hered. incip. gloss. etiam in §. post mortem Instit. de inutil. stip.* sequuntur Paulus & Imola, quos refert & sequitur Socinus, *in l. 1. colum. 2. post num. 4. ff. de conditio. & demonstr.* concordat Alciatus *in l. cedere diem ff. de verborum oblig.* asserens receptiorem esse hanc sententiam, quā, me quidem iudice probat ille text. non allegatus, *in d. l. fin. C. de contr. stipul.* a nullo quem legerim citatus, contra quem mihi sane videtur locutus Bartol. *in l. omnis stipulatio, ff. de verborum obligatio. numer. 41.* Vbi magis communiter eum Doctores sequuntur, *per l. 1. C. vt actio ab hered. & contra hered.* cui post Imol. *dicto loco*, respondet Socinus, & bene, quod loquitur eo casu, quo promissio post mortem promittentis, & sic in casum, & tempus, quo obligari minime potuit, fuit collata: quare ibi dicitur, actio incipere ab herede, quia a defuncto incipere non potuit *Cagnolus in l. in omnibus, ff. de regulis iur. num. 11.* Cuius contrarium obtinet, quando quis promisit, cum moreretur, in qua specie ab eo incipere potest obligatio, & in heredes continuatur, *d. l. fin. C. de contr. stip. text. in l. si cum heres. 4 ff. quando dies lega. ced.* ibi: *Si vero cum legatarius, cum morietur, ei legetur, certum est legatum ad heredem transmitti*, quia legatario fuit in vita quæsitum: aliter enim cessaret transmissio, *vt ibidem Vlpianus docuit*, respondendum in casu, quo mihi, cum heres morietur, res legata est. Nam si ante heredem moriar, cessat transmissio, quia ante adimpletam conditionem decessi, & consequenter, antequam mihi legatum fuisset acquisitum.

42 Quorum † argumento vtiliter olim Salmanticæ subtilissimus præceptor meus Emanuel a Costa, admonuit, quartam debitam pupillo arrogato ex constitutione Diui Pii, sine caussa, emancipato, iuxta ea quæ habentur in *leg. 2. C. de adoptio.* quia ex contractu debetur. & post mortem arrogantis, ad heredes transmitti, si forte pupillus, ante arrogantem decedat, & si verum sit, ante mortem quartam illi dare minime obstringi, *vt in l. fin. ff. quæ in fraud. credito. & §. cum autem Institut. de adoptio. Iason in l. si arrogator, numer. 8. ff. de adoptio.* Nam quemadmodum diximus, debitum ex promissione, cum morietur promissor, ad heredes transmitti, si is, cui fuit promissum, ante promissorem decedat: ita quartam debitam pupillo, transmitti posse dicendum est, si ante arrogantem decedat, quod verum esse constat, ex Alexand. ad Bartol. *in l. 2. addit. fin. ff. si a parente quis fuer. manumiss.* dum citat textum *in d. l. hereditarium 7 ff. de bon. auctor. iud. poss.* Quamobrem cauendum est ab Angelo, Alexan. & Iaso. *in l. cum antiquioribus, C. de iure deliber.* docentibus huiusmodi quartam, ad instar, & similitudinem legati, ad heredes transmitti. Quorum opinio defendi potest, & comparatio respectu actionis. Vtroque enim casu datur transmissio ex actione personali. Verior tamen, & receptior sententia est, huiusmodi quartam pupillo arrogato debitam, æri alieno, non legato comparari, vt obseruauit glossa recepta, *in l. 1. §. si impuberi, in fin. ff. de coll. bono* quod ita voluerunt Baldus & Salycetus *num. 10. Alexand. 6. & Corn. 3. in dict. l. cum antiquioribus*, licet aliter loquatur Bartol. *in l. 2 ff. si quis a parente fuer. man.* quem notat Alexand. *ibi in additio.* per text. clarum *in l. Papinianus, §. si impuberi, in fin. ff. de inoffic. testament.* Quocirca cum hęc quarta tanquam æs alienum debeatur, cum arrogator morietur, ex contractu, non vltima voluntate, vt notant Iacob. & Albericus *dict. §. si impuberi, numer. 2. cum sequent.* Verum est, quod ait Costa, ad heredes illam transmitti ex regula *§. ex conditionali. Inst. de verbor. obligatio.* & prius Alberic. *in proœmio, ff. §. discipuli, num. 22.*

Verum † & si hæc sententia magno illi doctori placuerit. & per supra scripta probabilis esse videatur, facili quidem negotio in controuersiam deduci potest, adeo vt contraria nobis verior & probabilior esse videatur, per text. clarum, *in l. 1. §. si impuberi, ff. de coll. bono.* Vbi Vlpianus postquam docuit arrogato impuberi, secundū Diui Pii rescriptum, quartam debitam conferendam esse: & propterea de illa conferenda cauendum fore subdit, *Sed hoc ita demū si iam nata est, quarta petitio. Cæterum si adhuc pater adoptiuus viuat, qui eum emancipauit, dicendum est cautionem quoque cessare.* Quæ verba plane docent, cessare quartæ collationem, & de illa conferenda, cautionem, quamdiu pater arrogans viuit, quia adhuc nata petitio non est. Et aduerte ibi, Iureconsultum respondisse, huiusmodi quartam ad heredes transmitti, & propterea conferri, si modo nata iam petitio est: esse autem declarat, postquam arrogator mortuus est, contrarium innuens obseruandum, antequam arrogator decedat. Quare cum nata adhuc nō sit actio seu petitio, si interim pupillus decedat, quod transmittere possit, non est. Quæ videtur recepta sententia ex Iasone *in leg. si arrogator, ff. de adoptio. num. 8.* & a Bartolo comprobata, *in l. 2 ff. si quis a parente fue. manumiss.* quem sequuntur Ang. Alex. & Iason. *in l. cum antiquioribus, C. de iure deliber.* resoluentibus hanc quartam, ad instar, & similitudinem legati transmitti posse. Verum non transmitti legatum ad heredes, quando legatarius ante 43

defunctum decederet, indubitati iuris est, *l. vni. §. fin autem. C. de caduc. toll.* Ergo neque quarta transmitti potest. Inducitur etiam text. *in §. cum autem, in fin. Inst. de adopt.* Vbi Imperator plane tempus mortis ipsius arrogatoris, non emancipationis considerare videtur. Quod idem Iureconsulto placuit, *in l. fin. ff. si quid in fraud. patr.* Vbi ad æstimationẽ quartæ filio arrogato debitæ, tempus mortis arrogatoris attendendum esse voluit, quemadmodum attenditur, quando agitur de legitima filii legitimi, *l. cum quæritur, C. de inoff. testam.* Quocirca quemadmodũ legitima filio naturali, & legitimo debita, non trãsmittitur ad heredes, nisi ille post patrem decedat, *vt not. in l. vni. C. de his, qui ante apert. tab.* ita necessario resoluendum est, neque arrogati legitimam, iure transferri posse. Nec multum vrget, quod peritissimum Costam mouit, hanc quartam ex contractu debitam esse: quoniam concedimus, id verum esse, sed eo modo, quo deberi potest, post mortem arrogantis, si filius decedat, non si ante illum, quicquid olim repugnauerit Costa. *& in l. qui duos. §. cũ in bello, ff. de reb. dubiis, nu. 3. & 4. pag. 31.* Vbi hunc articulum latius prosequitur, & recte quidem.

45 Ne autem, credas, † lector optime, me otiose hũc articulum pertractasse, ex eo vtiliter inferri potest, nominatum ab eo, qui habet nominandi potestatem, cum morietur, incertum de certis, minime ad heredes emphyteusin transferre, si forte ante nominantem decedat. Infirmatur enim hoc casu nominatio, & caduca fit, ad instar, donationis caussa mortis, legati aut fideicommissi *l. vni. §. fin autem, C. de caduc. toll.* Quod sane intelligendum est, in nominatione reuocabili, non sic, quando ita fuit facta nominatio, vt amplius reuocari non possit quia tunc ius ex ea ad emphyteusin quæsitum, ad heredes transmitti in confesso est, *per l. Regiam infra hoc tit. §. 5.* iuxta quam interpretationem, vbi venit nominandus incertus, de incertis. quem contingit in specie proposita, in principio huius legis Regiæ, si in nominatum omne ius emphyteuticum translatum reperiatur. vtique transmissio concedenda est, ex verbis l. Regiæ, *in §. 1* ibi: *la nano podera outra vez nomear a nenhuna pessoa, antes a pessoa em que assi for trespassada, podera dispoer da dita cousa, como diremos no titulo seguinte,* ad quem casum sunt referenda verba, *d. §. hoc titu.* quatenus caducam probant esse nominationem, simpliciter factam, citra iuris emphyteutici cessionem, ibi: *Nomeasse huma pessoa. simplexmente, sem trespassar outro direito nella, &c.* Verum & hæc sunt intelligenda, quando emphyteutæ concessio nominandi, cum morietur, data fuit, non sic, quando simpliciter illi nominandi potestas tributa est, quo casu, quia variare nominans non potest, vt probat lex Regia *in §. 1. infr.* sine difficultate trãsmissioni locus est, quia ius fuit nominato in vita nominantis quęsitum, nec est necessaria mortis cõfirmatio.

46 Ex † superiore resolutione, iam infertur ad quæstionem, in foro, & in praxi frequẽtissimam, in qua grauissimi aduocati, & non vulgaris opinionis viri, nonnunquam acerrime decertarunt, & præmisso, quod is, qui habet simplicem nominandi potestatem, nulla ad tempus mortis facta relatione semel in vita nominans amplius variare nõ potest, *vt in §. 1. infra.* Fingamus hypothesin; Titius ex caussa dotis, vel simili irreuocabili filiam seu cognatam nominauit ad emphyteusin post mortem suam, & per tabellionem in contractu, & instrumento dotis, ita nominationis forma concepta est: *Disse que nomeaua a dita sua filha, ou sobrinha por segunda vida no seu prazo de tal parte pera depois de sua morte, &c.* Hæc nominatio, si attenderis ad principium huius Ordinationis, quæ omnem actum, seu dispositionem, ad tempus mortis relatam, mutari posse decernit, nullam vim aut robur habere videtur. Dubiũ modo est, *an si pater nominans, filia emphyteusin fruẽdam, & utendam tradiderit, deinde pœnitentia ductus, nominationem reuocare possit, & aliam filiã nominare?* Hæc quæstio nobis, quia dubia est, nõ semel occurrit & pro parte affirmatiua inducebatur, *l. cũ pater, §. a filia, ff. de lega. 2.* vbi heredi grauato restituere cũ morietur, non obstante rei traditione, variatio & rei ipsius repetitio conceditur, quoniam sola rei traditio actum ad nutum reuocabilem firmum non reddit, *l. 2 ff. de public.* Vbi hæc traditio probatur, tam in mortis caussa donatis, quam testamento legatis, quorum repetitio, & variatio, rei traditione non impeditur, ibi, *vel donationes caussa mortis facta, nam amissa possessione competit publiciana, quia ad exemplum legatorum capiuntur.* Sola enim traditio donationis naturam non alterat, quoniam sub ea conditione, id est, nisi donatorem pœniteat, & illum reuocare contingat, facta intelligitur. Vt obseruauit Tellius Fernandez *in l. 17. Tauri sub nu. 90.*

Sed † in contrarium ego adducebam text. *in leg. nam si cum moriar ff. de conditio. indeb.* iuncta Bartoli declaratione, ibidem firmantis repetitionem cessare, quando is, qui cum moreretur, donauit ea caussa irreuocabili, & respuente donationis caussa mortis præsumtionem, quoniam tunc magis videtur mortis mentio facta respectu exsecutionis, quam obligationis, & substantiæ donationis. Quamobrem cum statim sit nata obligatio, certumque sit debitum iri, traditum a donatore, repeti amplius non potest, vt eo in loco obseruauit Barto. *& post Alexand. Iason, in l. qua dotis, ff. solut. matrimo. num. 44. Kiminaldus in princip. Instit. de donatio. numer. 967.* Quo argumento, sane in proposita hypothesi, cum emphyteuta nominauerit, ex caussa dotis, & sic irreuocabili, & si facta mentio mortis fuerit, fatendum est de præsenti nominato, quæsitam esse actionem, & obligationem, quasi inter viuos facta fuisset nominatio, sub commemoratione mortis, respectu exsecutionis, & consequenter respondendum est, ea sententia Bartoli, subsecuta traditione, impediri repetionem posse, per text. ibi *in d. l. nam si cum moriar.* 47

Quæ † huic speciei adaptari recte potest, si præsertim consideres, verum esse, quod Bartolus ait, donationem factam sub commemoratione mortis irreuocabilem esse, quoties ex caussa donandi constat de præsenti, & inter viuos donatorem voluisse donare, vt nominatim Ias. fatetur, *in l. sub conditione, ff. de cond. indebiti, n. 2. notab. 2.* Nec hoc mirum, si expenderis, quod quemadmodũ mortis mentio præsumtionem inducit, donãtem voluisse caussa mortis, non inter viuos donare, vt ꝓbat gl. recepta, *in l. qua dotis, ff. sol. mat.* ita & alia cõiectura inducere põt, ꝙ maluerit inter viuos donare, quod in dubio præsumitur, vt tradit Bellonus, *cons. 60. n. 15. & Ias. in d. l. qua dotis,* 48

dotis, num. 25. Quare facilius in eam partem mouemur, vt iudicemus, inter viuos, non mortis caussa donationem factam esse, veluti si ex caussa dotis, aut simili irreuocabili quis, cum morietur, donet, seu post mortem suam, vel inter viuos se donare profiteatur, aut irreuocabiliter, vel vsumfructum referuet, vt consuluit Alex. *cons. 14. vol. 1. concordat Decius, cons. 305. in princ. & cons. 470. num. 6. Paris. lib. 2. consil. 16. num. 6. Butrigella, in l. stipulatio hoc modo concepta, ff. de verb. oblig. nu. 40. Iason in d. l. quæ dotis, num. 30. cum seq. Rimnald. in princ. Inst. de donatio. num. 339.* Dicitur enim hoc casu mortis mentio facta dilationis gratia, vt ita donatio statim perfecta maneat, exsecutio vero illius differatur, & vsq; ad tempus mortis donatoris retardetur. Vt explicat Purpuratus *in l. fin. C. de pact. num. 228. & Sylvanus cons. 40. num. 30. Aymon. cons. 214. num. 6. cum seq. Ias. in l. quæ dotis, nu. 4. ff. sol. matrim.* Quocirca cum Alex. *d. cons. 14.* passim nostri transeunt, interpretes, vt est videre per Soc. in *lib. 1. cons. 53. Ias. d. nu. 40. & lib. 3. cons. 5. col. pen. vers. sed præmissis. Ruin. cons. 182. nu. 3. cum seq. vol. 1. Rota respons. 148. n. nu. 5. & Paris. lib. 1. cons. 16. n. 6.* secundum quem sensum Bartoli doctrina *in d. l. nam si cum moriar,* communiter recepta est, quamuis Iason, *in d. l. sub conditione, n. 2. notab. 3.* quoad casum, expressum, *d. l. nam si cum moriar*, aliter respondendum intelligat.

Addit igitur Iason notabilius, dupliciter respon-
47 deri posse: Primo regulam, & traditionem glossæ, *in l. Seia, §. fin. ff. de donat. caus. mort. & in l. Seia, ff. de dot. prælegat.* quæ habet mentionem mortis, efficere donationem caussa mortis, & consequenter reuocabilem, & subiectam donatoris pœnitentiæ, solum procedere, locumque habere in donatione, cuius natura reuocabilis est, quoties mortis caussa illa fit: non vero quando quis dare mihi stipulanti promisit. & acceptanti, cum morietur: quo casu quia mea adest. & promittentis voluntas & sic duorum, cessat dispositio, & traditio dictarum glossarum, vt nominatim voluit Bald. *in l. pro hereditariis, in fin. C. de hered. actio.* Intelligens mortis mentionem inducere donationem caussa mortis, quando donatio, a sola donantis volũtate pendet, in cuius fauorem mitius agendo præsumimus, mortis caussa donare illũ voluisse. Cuius contrarium obtinet, quãdo donantis, & donatarii stipulantis cõsensus concurrit. Concordat Paulus *in l. si cum dotem, ad fin. ff. sol. mat.* Verum Iureconsultus, *in d. l. nam si cum moriar*, speciem decidit, in qua quis promisit, cum moreretur, dare: & sic præcedente donatarii stipulatione, concordat idem Ias. *in l. quæ dotis. ff. sol. mat. num. 45.* In qua specie resoluendum est, mortis factam esse mẽtionem dilationis gratia, non dispositionis, vt aduertit Baldus *in l. 2. C. de iure dotium, nu. 4.* Qua ratione non dicitur mortis caussa donatio facta, sed magis inter viuos. Clausula enim posita, in exsecutione, seu ipsam respiciens exsecutionem, non alterat substantiam, & propterea mortis mentio facta in exsecutione donationis, non mutat donationis Interviuos effectũ: nec illam transfundit in donationem caussa mortis, vt egregie explicat Bald. ad Speculator. *de instrument. edit. colum. fin. versic. si quis donat. Aymon consil. 214. Bellonus cons. 6. num. 10. & consil. 60. num. 15. Ias. in leg. quæ dotis, ff. solut. matrimon. num. 41. Rimnald. in princ. Instit. de donatio. num. 341. Rolandus consil. 8. in princ.*

Dicitur † autem in exsecutiuis mortis mentio fie- 48
ri, quando illa fit circa verba concernentia rei traditionem, vt docuit Bald. ad Specul. *d. loco, & eum sequutus Alex. in l. quæ dotis, nu. 12. ff. sol. mat. & cons. 14. dubio. 1. a Ias. relatus, in d. l. sub conditione, ff. de cond. indeb. nu. 2. vers. secundo respondeo*, quo in loco firmat sufficere post verbum, dare, veluti si quis dicat, *Promitto tibi centum dare post mortem meã*, & latius tradit Antonius Gomez *2. tomo, ca. 4. nu. 19. vers. quæ omnia*, & Iason *cons. 3. col. fin. vers. 3. lib. 3.* explicans id obseruandum, quando quis ita donauit, *(centum tibi dono, & volo quod illa habeas, post mortem meam*, tradit post Vincentium *in l. quæ dotis. ff. sol. mat. nu. 16.* Corneus *cons. 289. num. 11. lib. 4.* iuxta quam interpretationem posse intelligi textum, *in d. l. nam si cum moriar*, Ias. *in d. l. sub conditione, voluit*, quia ibi mortis mentio facta fuit, post verbum *dare*, vel saltem coniunctim cum illo verbo *dare*. Et hanc credit posse dici secundam solutionem, quam magis credo, continere prioris (quam Iason tutiorem firmat) rationẽ, per quam ostenditur, probabilem esse doctrinam Baldi, *in d. l. pro hereditariis*, intelligentis, donationem reuocari non posse, quando donatarii consensus concurrit, licet in ea mortis mentio facta reperiatur. Quæ conclusio vera est, si mortis mentio circa rei traditionem versetur, quemadmodum contingit in casibus supra relatis.

Hanc † sane Iasonis ad *d. l. nam si cum moriar*, in- 49
terpretationẽ materiæ, quam tractamus, si adaptare cupias, vtiliter resoluendum est, nominationẽ emphyteuticam ex caussa dotis factam, cum relatione ad tempus mortis nominantis irreuocabilem esse, si modo dos fuit ab sponso stipulata, & acceptata: nam cum concurrat plurium consensus, cessat præsumtio, quod mortis caussa fuit facta donatio, & inducitur contraria, quod fuit inter viuos. *vt per d. l. nam si cum moriar*, prædicto modo explicatam, intrepide voluit Iason, *in l. sub conditione, post num. 2. notab. 3. solutio. 1. & 2.* quæ vtilis profecto, & notabilis est limitatio, ad hanc legem Regiam, *in princ.* Quatenus concedit, nominationem ex caussa dotis factam, reuocari posse, ab eo, qui potest, cum moreretur, nominare ibi, *quer por titulo de dote, quer por qualquer outro, &c.* Est enim, secundum Iasonis sententiam lex Regia intelligenda, in dote simpliciter facta, ab vnius nempe dotantis, tantum consensu pendente, non plurium. Quod in praxi vix obtineri posse existimo propter generalitatem legis Regiæ hic *in princ.* siue simpliciter per viam nominationis, siue etiam donationis, dotis, vel alterius tituli nominatio fiat, ab eo, qui potestatem habet nominandi, cum morietur, reuocationem concedentis, ex generali ratione a lege Regia tradita, omnes actus ad tempus mortis destinatos, vsque ad mortem reuocari posse, *per l. 4. §. fin. cum l. sequenti ff. de adim. legat.*

Cui specie comparandus est casus, eius emphy-
phyteutæ, qui cum semel tantum nominare posset, 50
quempiã nominauit sub commemoratione mortis, cũ moreretur, quẽ nihilominus posse semel factã nominationẽ reuocare ex prædicta ratione inconcusso est. Is igitur, si ad stipulationẽ nominati, sub commemoratione mortis nominauit, amplius variare non potest, ex dispositione *d. l. nam si cum moriar ff. de cond. indeb.* vt supra interpretata per Ias. in his terminis illam legem producere intelligentis.

CAPVT III.

Nominationis factæ reuocationem quæ impediant, an stipulatio, an promissio de non reuocando, & an heredum mentio, vel reuocationis petendæ facultas, vel benemerita, nominati, & an clausula, omni meliori modo, & an iuris cessio vel translatio, & an tacita reuocatione euanescat nominatio, & an inimicitiis, & an alienatione emphyteusis, vel hypotheca, & an secunda nominatione inutili, vel nuda voluntate, & an indignitate personæ nominatæ.

SVMMARIA.

1 *Nominandi potestas alicui data cum morietur, variationem præstat.*
Fallit si sit eligendus incertus de incertis.
Sed contrarium verius.
2 *Qui habet potestatem nominandi vnum de certis, non potest in vita reuocabiliter nominare.*
3 *Grauatus post mortem mihi dare, viuus irreuocabiliter dare potest, fallit si certa illa persona habet substitutum.*
4 *Maioratus reuocabilis est vsque ad mortem, nisi de contraria voluntate constet.*
Promissio de non reuocando impedit maioratus reuocationem.
Stipulatio impedit reuocationem. & nu. 5.
5 *Stipulatio notario sufficit.*
Possessor maioratus nequit in vita restituere irreuocabiliter.
6 *Verba seu actus geminatus impedit reuocationem.*
7 *Interpretata l. cum maritus, §. fin. ff. de pact. dotal.*
Donatio caussa mortis ad instar legati per alienationem voluntariam reuocatur.
8 *Heredum nominati vbi fit mentio cessat variatio.*
9 *Vbi nominatus seu eligens concessit potestatem petendæ renouationis seu renouandi cessat variatio.*
10 *Solemnitas quinque, testium necessaria est, vt censeatur donatio mortis caussa facta.*
Nominatio emphyteuticaria tres tantum testes exigit.
11 *Pro benemeritis nominatio facta reuocari non potest.*
12 *Quilibet actus in dubio semper præsumitur factus ob caussam necessariam.*
13 *Clausula omni meliori modo impedit reuocationem.*
Nominationis reuocatio impeditur, quoties nominans expressit se velle statim nominationem valere, & firmam esse.
Qui omni iuri cedit, variare non potest.
14 *Incertum de certis qui debet nominare, nequit viuus irreuocabiliter nominare.*
15 *Habens potestatem nominandi cum morietur, potest nominare in vita, reuocabiliter tamen.*
16 *Morte confirmatur, in vita facta nominatio reuocabilis.*
17 *Morte ciuili confirmatur nominatio reuocabilis.*
Monachus potest nominare ad emphyteusim.
Deportatus potest nominare, ideo deportatione non confirmatur nominatio: fallit in seruo pœnæ, quia confirmatur nominatio.
18 *Variare pluries potest emphyteuta, & nu. 19.*
20 *Potestas nominandi ante mortem vel cum morietur, vel vsque ad mortem non differunt, vel illa quandocunque, voluerit.*
21 *Dictio, vsque ad mortem, vel cum morietur differunt.*
22 *Potestas nominandi, quando voluerit.*
23 *Interpretata l. vxorem, §. Scæuola ff. de leg. 3.*
24 *Qui potest nominare, quando voluerit, etiam inter viuos potest nominare.*
25 *Viuus nominare potest, cui data est potestas nominandi cum morietur.*
Duo tantum testes probant nominationem esse factam inter viuos.
26 *Incertus de certis irreuocabiliter nequit nominari in vita ab eo, qui post mortem potest nominare.*
27 *Simpliciter qui habet nominandi potestatem, in vita, nominare potest.*
Qui potest quandocunque voluerit nominare, in vita nominare potest.
Nominare potest viuus & moriens, qui indefinitam habet potestatem nominandi.
Codicillis vel testamento nominare seu eligere licet.
28 *Expresse reuocatur nominatio, & an tacita reuocatio sufficiat.*
29 *Per inimicitias superuenientes reuocatur nominatio reuocabilis.*
Donatio caussa mortis per inimicitias reuocatur.
30 *Fallit quando nominans inimicitiæ caussam dedit.*
31 *Inimicitia caussata a fideiussore illi non prodest & num. 32.*
33 *Emphyteuta nominans, si vixit post contractas inimicitias, & reuocare neglexit, sustinetur nominatio, & num. 34.*
34 *Interpret. l. pen. §. Seia ff. de adimend. legat.*
35 *Duo testes sufficiunt ad probandas inimicitias.*
36 *Post mortem nominantis inimicitia orta non nocent nominato.*
Nominatus post mortem nominantis offensam committens aduersus nominantem, tanquam indignus priuari potest.
Reconciliatio prodest nominato.
37 *Per alienationem emphyteusis, reuocatur nominatio.*
Nominatio etiam reuocatur per alienationem voluntariam.
38 *Nominatio reuocatur per alienationem ex caussa necessaria hypothesis.*
Alienatio voluntaria & necessaria quæ dicatur.
39 *Alienatio etiam nulla reuocat nominationem emphyteuticam.*
40 *Per secundum contractum inutilem, non reuocatur primus vtilis, interpret. l. fin. §. fin. ff. de auro & argen. leg.*
41 *Donatio inter virum & vxorem morte confirmatur, & qualiter hoc intelligatur, voluntas nõ præsumitur mutata.*
Reuocans, cum potest videtur de nouo dare.
42 *Nominatio secunda omnino nulla non reuocat primam.*
43 *Nominatio vltima etiam reuocabilis præualet.*
44 *Nominatio irreuocabilis non infirmatur per secundam etiamsi possit aliquo casu sortiri effectum.*
45 *Nominatio secunda inutilis per viam contractus facta, primam reuocat, non per viam vltimæ voluntatis.*
46 *Nominatio in testamento valido facta, alio inualido non reuocatur. Reuocatur tamen per se scripta in alio manente testamento, dummodo de ea fiat mentio.*
47 *Nominatio reuocatur directo per secundam inutilem.*
Legata a nuda voluntate pendent item & fideicommissa.

missa: non autem heredis institutio, quæ sola voluntate non reuocatur.

48 *Interpret. l. si iure, ff. de legat. 3. aduersus Ripam & quosdam nouiores.*

49 *Donatio inter virum & vxorem sine traditione nõ confirmatur morte.*

50 *Nominatio priori testamento facta ita demum, secũdi facta reuocatur, si illud validum sit.*

51 *Nominatio facta in fauorem indigni non reuocat priorem nominationem.*

Nominatus secundo loco si decedat, prima nominatio cõualescit & quando.

CAPVT III.

1 Quod autem lex Regia probat, *in princ.* emphyteutam habentem potestatem nominandi, cũ morietur, seu ad tempus mortis relatam, vsq; ad vltimum vitæ spiritum posse variare, quoties voluerit, & nominationem factam reuocare ex ratione hic expressa, tũ etiam quia simpliciter facta nominatio, secundum concessionis formam regulata, tacitam relationem ad tempus mortis, non minus quam si nominatim, & expresse facta nominatio fuisset, cum nominans morietur, cõtinere dicatur, vt tradit Molina *lib. 2. de primogenijs, c. 4. num. 23.* firmans verissimum hoc esse, & communiter receptũ, id sane intelligendum est, quando nominari potest, incertus de incertis. Secus vero est, quando data est potestas eligendi vnum de certis, veluti vnum de familia, aut de genere, ne quo modo ea electionis præuentione, his qui tempore mortis extiterint, aliquod fiat præiudicium, vt post alios explicat Molina *vbi supra num. 33.*

2 Quæ sane resolutio, mihi nunquam vera visa est, animaduertenti rationem prædictam, scil. omnem actum seu dispositionem ad tempus mortis collatã, ante mortem firmam non esse, quia illius cõfirmationem exigit, & antequam confirmetur, reuocari sine vlla difficultate potest, non minus militare, & procedere, quando est eligendus incertus de incertis, quam de certis. Quare recte quidem legislator hic statuit, & decreuit, factam nominationem vsq; ad mortem reuocari posse. Nec mihi recte videntur aduertisse Molina, & alii, qui de præiudicio eorum, qui tempore mortis nominantis extare possent, meminere: quoniam illa consideratio, alium profecto longe diuersum effectum, respicit, ac intuetur, propter quem is, qui habet potestatem nominandi vnum de certis, seu de familia, in vita neq; quempiã irreuocabiliter nominare, ac eligere: obstat enim concedentis voluntas, qui de extantibus agnatis mortis tempore, non aliis, eligendi facultatem dedit: In quorum quidem præiudicium eligi quispiam in vita irreuocabiliter non potest, ne cõtingat nominato ante nominantem decedẽte, emphyteusin ad extraneos transire: non ad eos, inter quos fuit eligendi tributa potestas. Contrarium vero obseruandum est, quando est eligendus incertus de incertis. In hac enim specie, cum nõ adsint tempore mortis nominantis, qui emphyteusis successionem ambire possint, aut prætendere: quasi ad illã vocati, consequens est, emphyteutam in sui ipsius perniciem, a se illam variandi facultatem, semelque factam nominationem reuocandi, abdicare posse, vt hac l. probatur, ibi: *Porem se o que assi tinha poder de nomear, &c.* Ex quib. verbis palam probatur, habentem potestatem nominandi incertum de incertis, cedendo omne ius emphyteuticum, posse in vita quempiam irreuocabiliter nominare: in quem ius emphyteuticũ pleno iure transeat, cũ potestate de re emphyteutica disponendi, licet ante nominãtem mortem obire cõtingat ibi, *antes a pessoa em que assi for transpasada podera dispor da dita cousa.* Quę dispositio ad speciem, seu hypothesin in principio ꝓscriptam, in qua de potestate concessa generaliter citra cuiusque iniuriam, quia sc. eorum præiudiciũ, q̃ tẽpore quo morietur nominãs, superstites erũt, necessario restringenda est. Quæ ratio, quia cessat, vbi est eligendus vnus de certis, vtique irreuocabiliter nullus de familia eligi potest: quod vti verissimum, obseruandum credo.

3 Quare † non immerito Molina *lib. 2. de primogenijs Hispan. cap. 4. nu. 34.* asserit dispositionem *l. cum pater, §. a filia, & l. vnum ex famil. ff. de leg. 2.* Quatenus conceduntur, variandi potestatẽ propter relationẽ ad tempus mortis factam, limitandam fore, quoties quis post mortem, seu cum morietur, alicui certæ & determinatæ personæ, dare iussus est, nempe Petro, aut Martino, cui sine dubio viuus irreuocabiliter dare potest quia cuiusque alterius cessat præiudicium, vt probat Imperat. *in l. post mortem, C. de fideic. vbi gl. verb. restituere. Bald n. 2 Ias. 3. & 5.* & ceteri cõmuniter scribentes, existimantes, illã l. cum responso IC. *d. §. a filia,* sic fore conciliandam, vbi Peralta, *num. 8.* Vnde notabiliter inferunt Dd. *d. l. post mortẽ,* eiusque dispositionem cessare, si huic certæ personæ, a defuncto datus substitutus reperiatur, in cuius quidẽ ꝓiudiciũ, & perniciẽ, irreuocabiliter in vita, grauatus dare non potest, *vt in l. vxorem. §. Seiam, ff. de leg. 3.* apertissime IC. probat, Iason post alios *in d. l. post mortem, num. 3. Molina d. c. 4. lib. 2. de primogen. num. 28 cum seq.* Vnde possessor Maioratus, quando grauatus est, post mortem Maioratum restituere proximiori agnato, neutiquam potest in vita cuipiam pleno iure, & irreuocabiliter dare: siquidem militat ratio præiudicii, eius, qui tempore, quo ille morietur, superesse potest, vt admonuit in specie Molina *de primogen. Hispan. libr. 2. capit. 4. numero 30.*

4 Ex quibus † sic explicatis, ego aliquãdo in praxi respondi Maioratum constitutum cum relatione, ad tempus mortis cõstituentis, reuocari libere posse, ex regul. *huius legis, & l. Seia, §. fin. ff. de donation. causs. mort. & l. non omnis, ff si cert. pet.* Dummodo tamen non adsit aliqua clausula, propter quam constet, Maioratum instituentem inter viuos, firmum, & irreuocabilem facere voluisse, veluti si adiiciat, *Se inter viuos constituere maioratum irreuocabilẽ.* Vt post alios tradit Iason *in l. quæ dotis, ff sol. mat. n. 30.* Idemq; dicendum est, quando constituens promisit nõ reuocare, ex dispositione *l. vbi ita donatur, ff. de donat. causs. mort.* de qua Ferratius *cautela 30. Dec. cons. 305. Boerius q. 333. Peralta,* vbi rationem assignat, *in l. si quis in princ. ff. de legat. 3. nu. 195.* secundum quam sententiam, si quis Maioratum instituat, post mortem, adiecta clausula, de non reuocando, amplius reuocare non poterit, *Gozadinus cons. 87. nu. 9. Soarez in l. quoniam in prioribus, C. de inoff. test. q. 8. nu. 6. Molina de primog. Hisp. lib. 4. c. 2. n. 40.* Quod ego ꝓbo, dũ modo adsit successionis, seu vocati post instituentis mortẽ, stipulatio. Quo casu succedit notabilis Baldi doctrina *in l. pro hæreditariis in fin. C. de hered. actio.*

aſſerentis, ad tempus mortis collatam donationem reuocari poſſe, niſi adſit plurium conſenſus ad ita diſponendum.

44 Verum † quia huiuſmodi maioratus plerunque abſente ſucceſſore conſtituũtur, in iis ſufficere notarii ſtipulationem cenſeo, etiam re integra, i.e. antequam ab abſente ſucceſſore acceptetur, vel ratum habeatur, *per l.2.ff. rem pup. ſaluam fore*, quod late tractamus, *in comm. de acq. emphy. c.16.n.37.* Quare ceſſare debet pœnitentia, & variatio, *l. ex placito, C. de rerum permutatio, Couar. lib.1. reſol. c.14. n.11.* tradit Iul. Clar. *lib.4. recept. ſent. verbo dona. q.13.* & probat Ordinatio Regia *lib.4. tit.63. in prin.* Stipulationem autem impedire reuocationem, probare videtur Iureconſ. *in l. cum maritus, §. fin. ff. de pact. dotalib.* Vbi mulier de dote, quam dedit, pacta eſt, vt ſi in matrimonio deceſſiſſet, fratri eius redderetur, quam, & frater in eum caſum ſibi reſtitui ſtipulatus eſt: deinde moriẽs mulier quaſdam res dotales marito legauit, & aliis, & quoſdam ex dotalibus ſeruis manumiſit. Quæſitum eſt, *an maritus earum rerum nomine, quas legauit mulier, & ſeruorũ, quos manumiſit, fratri teneatur?* Et reſpondit Scæuola, *Nihil propon. cur non teneatur, cum etiam heredes d. functæ, tum legatariis, quã libertatibus obnoxii ſint:* Vides, qualiter ibi fuit a ſorore poſt mortem ſuam factam cõceſſio, quæ mortis cauſſa cenſenda videbatur: propterea quod in ea mortis mentio facta eſt, vt tradit Iaſ. *in l. quæ dot. ff. ſol. mat. n.42.* & nihilominus ceſſare reuocationem Iureconſ. probat. gloſſ. ibi intellexit hoc verum eſſe, quia animo donãdi ſoror, dotem fratri reſtitui pacta eſt, cum illa in matrimonio decederet, ſequitur Iaſ. *in d. l. quæ dotis, nu.29.* aſſerens, in hunc ſenſum illum textum intelligendum fore. Quæ reſolutio in ſe vera eſt, quod vbi de volũtate, & intentione donantis conſtat, ꝙ voluerit inter viuos donare, recedendum eſt a præſumtione. per quam ex mentione mortis facta, dicitur mortis cauſſa donatio. Vt reſoluunt Bart. Imol. Alex. & alii, quorũ *d. n.29.* Iaſ. meminit. Sed & hanc ſentẽtiam probari, *in d. §. fin.* aſſerit poſt gl. Iaſ. docens minime apparere, vnde ea voluntas colligatur in caſu illius tex. niſi dixeris, ſtipulationem, de qua ibi, id ſignificare ex ſententia Baldi, de quo *c. præced. n.47.* Aliter ille ſenſus gloſſæ reſpuendus eſt, ſecundum Iaſ. *d. l. quæ dotis, poſt nu.34.* & Rim *in princ. Inſt. de donatio. nu.330.*

45 Quocirca, † Bart. dubius tamen, aliter intelligens textum, *in d. §. fin. l. cum maritus*, reſpondet, ideo ibi a ſorore collatum poſt mortem reuocari non poſſe, quia geminatus actus interuenit; Pacta enim fuit ſoror dotem fratri reſtitui, poſtquam illa moreretur, & iterum frater eandem ſibi dotem, in eũ caſum reſtitui ſtipulatus eſt: Plus enim multo ſolet operari actus geminatus, quam ſimplex, *l. mulier. C. ad Velleian. Bar. in l. cum ſcimus, in fin. C. de agric. & cenſ. lib.11. gl. & Dd. in l. fin. C. de dote cauta, non num. cum aliis a Iaſ. congeſtis, ff. ſol. mat. n.36. cum ſeq.* Quo argumento *in c. præc. n.38.* reſoluimus, geminatam nominationẽ reuocari nõ poſſe, quamuis ſimplex potuerit, iuxta quem ſenſum cum Bart. fore intelligendum illum text. tradit Aret. *conſ.74. col.3. Socin. conſ.50. col.2. vol.1. Rimin. in prin. Inſtit. de donatio. num.331. Corn. lib.4. conſ.289. col.7. ad fin.* & videtur concordare Iaſon, *d. l. quæ dotis, n.37.* quatenus Imolę contradicenti reſpõdet. quamuis *n. ſeq.* addat, in illo text. vltra illos duos actus concurrere ſanguinis coniunctionem, & neceſſitudinem, inter fratrem & ſororem, ꝓpter quã [illegible] facilius induci poteſt donandi inter viuos animus & volũtas, ad quod nihil proſus inducit. Ego inducerem text. & quæ ibi habentur *in l. ſi ſeruus communis, ff. de don. inter vir. Rogerius in l.2. ff. de don. num.38.* tradit Alciat. *in reg.1. præſum.32.* facit Bald. *in l.2 col.1. C. de iure dotium.* hoc idem probans inter grandi amicitia coniunctos, gl. *in l. eum qui, ff. ſi cert. pet.* Vbi Bar. *in fi.* & Rogerius *d. l.2. n.37. & ſub n.34.* Secundũ quẽ ſenſum Iaſonis, ille tex. vtiliter probat. nominationem, de qua agimus, irreuocabilẽ manere, quoties illa tria concurrere cõtigerit, quod prius voluere Cumanus & Romanus, quibus conſentit Guliel. teſte Rim. *in princ. Inſt. de don. nu.331.* Vbi tamen firmat, quod communiter damnatur. Quocirca illius legis ſenſus aliunde petẽdus eſt Ideo Rimin. *in prin. Inſt. de donat. nu.332.* in publica diſputatione aſſerit, ſe vidiſſe reſolutum, in caſu illius tex. fratrem pactũ nõ fuiſſe dotem ſibi reſtitui nomine proprio. quaſi ea dos ſibi fuerit a ſorore donata. ſed procuratorio nomine. Nam cum non cõſtet de animo donandi, in dubio regulæ ſtandum eſt, nomine procuratorio fuiſſe in eo caſu fratrem adhibitum. Vt inquit gl. *in l. quæ dotis, ff. ſol. mat* ibidem a doctoribus communiter recepta, & ab Anchar. *conſ.22 n.2.* Pariſio, *conſ.107. n.10. lib.3.* Qua ratione in d. publico cõgreſſu dicebatur, ex eo reſponſo ſolum decidi, teneri legatarios res legatas fratri reſtituere: quia heredes mulieris tam illis, quam libertatibus ſunt obnoxii. Sed, *an frater poſſit, inuitis heredibus ea bona cum ceteris dotalibus retinere*, IC. ibi nequaquam tentauit. decidere, relinquens hanc quęſtionem inſolutam & ex regu. d. gl. decidendam. Per quam ſane reſpõdendum eſt, negandam illi fore retentionem: ſiquidem vt procurator fuit adiectus & poſt mortem ſororis dotem ſibi reſtitui ſtipulatus. Quam traditionem mirum in modum fouent, quæ reſoluit Menochius, *lib.2 de arb. iud. quæſt. & ſenten. caſu 88. n.9.* negans in dubio ſanguinis coniunctionem inducere donationẽ poſſe: quamuis ea coniunctio ſuprema ſit, qualis eſt inter patrem, & filium, inter quos donandi animus non præſumitur, niſi aliter de illo conſtet. Quapropter in caſu *d. l. fin.* iuſta ratione defendi potuit, retinere dotem fratrem non poſſe: ſiquidem non conſtat ſororem cum moreretur: illam eidem donare voluiſſe. Nihilominus is ſenſus reiiciẽdus eſt. Nam ſi verum eſt, ſororem dotem neutiquam donaſſe. & conſequenter fratrem vti eius procuratorem, fuiſſe ſtipulatum, omnis iuris ratio, illum aduerſus legatarios agentem, ac petentem, quod ſtatim reſtituturus eſt. repellit: pręſertim vt euitetur ambitus, & circuitus, per quem frater aduerſus legatarios agere debet; ipſi etiam contra heredes, & illi vltimo loco contra fratrem, qui quidem circuitus neceſſario vitandus eſt. *iuxta not. in l. dominus teſtamento, vbi gloſſ. Bart. Iaſon, & alii, ff. de cond. indeb* tradit latius Riminald. *d. prin. Inſt. de dona. n.333.* iuſte hunc ſenſum improbans.

Ceterum † Fulgoſius, a neotericis auctoribus omiſſus *ibidem* aliter illum textum interpretatur. Ait enim in caſu *d. l. cum maritus, §. fin.* (vt refert Riminaldus vbi *ſupra, n.335.*) ſororem mortis cauſſa fratri dotem donauiſſe, ꝙ poſt mortem ſuam illi reſtitui mandauit. Vnde, ſubdit Fulgoſius, hæc mulier, quæ adhibuit fratrem, ad ſtipulandum, animo donandi cauſſa mortis, legata & fideicommiſſa nomina- 46

tim

tim iniunxit heredibus. Quod innuit Iureconsultus ibi, quia mulier voluit, heredes obnoxios esse ad soluendum æstimationem marito, & alteri rerum ipsis legatarum; & ad redimendum seruos a fratre, & eos manumittendum, *vt ibi gloss. declarat*, & tunc mortis caussa donatio, per legatum marito, & alii factum, reuocata non intelligatur. Ratio est, quia onus legatorum, & fideicommissorum heredibus iniungendo, non videtur caussa mortis donationem reuocasse. Si enim legando marito, & alii, intelligi deberet, reuocatam donationem esse: mulierem voluisse: vtique onus illud satisfaciendi legatariis, & libertatibus, heredibus non imposuisset: quia cum legatarii, non fuissent obnoxii, illi fratri mulieris, res sibi legatas retinuissent, sicque superuacuum foret, heredes eis satisfacere, de eo, quod habuissēt. Vnde illum text. Fulgosius intelligit in donatione caussa mortis, non in donatione inter viuos, vt perperam opinātur Doctores nostri: idque ex eo verū esse deducitur, quod mulier, facta mortis mentione post mortē suam, dotem fratri restitui stipulata est. Vbi n. mortis fit mentio, caussa mortis donatio inducitur, non inter viuos. *l. Seia, §. fi. vbi gl. & Bart. ff. de don. cau. ss. mor.* Asserit communem sententiam Iason, *in l. quæ dotis, n. 16 ff. solut. mat.* latius ibi Rimin. *in prin. Inst. de do. a n. 316.* cui regulæ adherens Fulg. cēset, in casu *d. §. fi* fuisse a sorore mortis caussa in fratrem collatam donationem & consequenter reuocabilem, qualis est huius donationis natura, quā tamen testamento, cum moreretur, nō reuocare, imo firmam manere voluit, dum heredes suos grauauit, vt seruos quosdam dotales manumitterent, & alia bona aliis legauit, quorum præstationi heredes obstrinxit, ac obnoxios esse præcepit. Aliter enim si soror donationem factam reuocare voluisset, minime illud onus heredibus iniunxisset, & propterea mortis caussa donatio in fauorem fratris firma manet, & illabata. Nec obstat, quod ibi illa mortis caussa donatio fit, & tamen per legatum non reuocetur, cum per alienationem voluntariam, prout in legato cōtingit, reuocari soleat donatio caussa mortis *vt tradit Bald. & Imol. Cum. Flor. & Alex. Aret. & Ias. in l Stychum, qui meus erit. ff. de leg. 1. Alex. in l. non omnis, ff si cert. pet. Vbi Ias. n. 4. Dec. n. 14. Rom. cōs. 429. col. 2.* quontā hoc nihil impedit, quominus donatio caussa mortis sit, & tamen ex voluntate donantis nō reuocetur, in aliquo casu, in quo regulariter reuocari consueuit, *l. si alienam, vers. sed & sic, & l. Senat. §. mor. vers. sic donari potest caussa mortis, vt nō aliter reddatur, quam si prior decesserit donaturus, & sic quod nec per pænitentiam, nec per alios casus reuocetur, ff. de dona. cau. s. mort.* Ergo pari modo, quod nec per alienationem voluntariam, ex legato facto reuocetur: & tamen donatio caussa mortis remaneat, iuri consentaneum est. Licet enim natura sua penitus tolli non possit, ea remanente, restringi tamen potest, *vt notat Imol. d. §. mortis, & tradit Riminan prin. Inst. de dona. n. 25.* Ad hūc igitur sensum Fulgosii, casus illius text. *in d. §. fi.* reducendus est, vt ibi mortis caussa donatio facta fuisse intelligatur, quod & probat Rimi. *d. prin. nu. 336. in fin. & 338. in fi.* licet iuris interpretes ad hoc minime aduerterint, incaute intelligentes ibi fratrē fuisse adiectum, animo donandi illi dotē, post mortem sororis: sed contrarium resoluendum est uno mortis caussa tātum, illam voluisse dotem fratri restitui. Adiectus enim solutioni seu stipulationi, vt Fulgos. ait, procuratorio nomine, non proprio adiectus dici potest, quod plane deducitur ex notabili Iureconsulti responso *in l. Seia 12. ff. de dote præleg.* Vbi vxor centum aureos marito dotis nomine dedit, adhibuitque Quintum Mutium, qui dotem stipulatus est sibi restitui post dictæ vxoris mortem. Illa moriens, marito vltra dotem, i. e. vltra ad centum aureos iussit alia centum dari. Deinde Quintus Mutius ex stipulatu aduersus maritum agens, priora centum in dotem data petebat. Maritus excipiebat mortis caussa tantum donandi eam stipulationem interpositam fuisse, & testamento in ipsius mariti fauorem reuocatam. Cui propositæ consultationi respondens Paulus sic ait: *Si Quintus Mutius mandatum Seiæ, non donationis caussa stipulatus est, heredib. mulieris eum teneri. Et ideo Quintum Mutium exceptione repellendum esse. Quod si donationis caussa Seia stipulari permisisset, videri eum in eum casum, qui morte mulieris extitit, mortis caussa stipulatum: & ideo fidei eius committi potuisse in eum casum dicendum fore.* Vides planum Iureconsulti responsum, in quo Quintus Mutius de consensu Seiæ vxoris dotem post illius mortem restitui fuit stipulatus; & nihilominus ex ea permissione nō fuerit vxor visa donare saltem caussa mortis: Id quod IC. probat, quatenus id ex coniecturis deducēdum relinquit. Et est ratio quia in dubio nomine procuratorio videtur ille fuisse stipulatus, non proprio. Vnde in dubio cessat animus & intentio donandi, de qua si constet, donatio caussa mortis censenda erit, non inter viuos, ꝓpter quod grauari ille potuit marito dotem dare. Vt ibi Paulus docet, ibi: *Et ideo fidei eius committi potuisse in eum casum dicendum fore.* Innuens sane, firmam manere donationem mortis caussa factam, si grauatus ille nō reperiatur: sed magis heredes, aut eadem dos alii legetur, quemadmodum ibi fuit marito legata: qui sane sensus ad illa iura notabilis est. Mihi tamen dubius, & valde periculosus videtur, quia si cōcedimus cum Fulgos & Rimin. *in d. l. Seia,* Quinto Mutio fuisse mortis caussa dotem donatam, nulla iuris ratio patitur, eā donationem firmam manere posse: Siquidem plane constat, eam vxorem testamento suo marito legauisse: per quam quidem alienationē, ad instar legati, reuocari mortis caussa donationem omnes passim probant auctores, quos paulo ante retulimus, & verum esse fatetur Rimin. *n. 337.* Quā difficultatem, minime soluit Riminaldi consideratio, ibidem & *nu. seq.* asserentis, non obesse donationi caussa mortis, reuocari aliquo casu particulari nō posse: quoniam id verum esse admittimus, quando nominatim donator voluit, eo casu donationē reuocari non posse. Ceterum in casu *d. l. Seia,* neutiquam constat, vxorem, eo casu reuocari posse dotis a se factam donationem noluisse. Quapropter hic etiam sensus apud me suspicione non caret.

Vt † igitur eo reuertamur, vnde digressi sumus, 8
aduerto vlterius, huiusmodi reuocationem nominationis impediri, vbi nominans heredum nominati, quasi illis volens prouidere, meminerit. Est n. hæc vna de coniecturis, per quam donatio inter viuos censetur facta, licet in ea mortis mētio facta repetatur, *Bald. in l. 2. C. de iure dotium, Alex. lib. 1. cons. 14. dubio 1. Aret. cons. 74. col. 3. Ias. in l. quæ dotis. ff solut. mat. n. 48. Aymon co. s. 214 nu. 18. Cotta verbo donatio caussa mortis non transmittitur. Dec. cons. 470. n. 5. Ias. in l. non omnis, ff. si cer. petat. Riminaldus in princ. Inst.*

de donatio.nu.343. Roland.a Valle cons.8.num. 11. vol.1.

9 Quæ † resolutio vix materiæ nominationum, quã tractamus, adaptari potest: quia nunquam aut perraro in hisce nominationibus heredum fit mentio. Quamobrem ego pluries hac doctrina fui vsus, ad casum frequentem, quando oominans nominato cõcessit potestatem renouandi emphyteusin, id est, *a domino directo nouam & ampliorem impetrandi in pluras vitas concessionem.* In qua qnidem nominatione, sine dubio includitur heredum, seu successorũ mentio, quibus nominans voluit etiam pronidere. Quare variare, & semel factam nominationem reuocare non potest. Repugnat n. renouationi faciẽdæ, seu nouæ concessioni, reuocandi potestas, per quã aotiqua concessio emphyteutica reformatur, quæ firma exstare non potest. Cum secunda fit, debetque prima, vel exstingui, vel renuntiari, vt renouari emphyteusis possit, vt latius disputauim' *in nostro tract. de renouatione, q.5.* Quamobrem simul ac nominans emphyteuticam concessionem, voluit posse renouari, in fauorem nominati, a se ipso abdicauit ius & potestatem reuncandi nominationem, qnia simul vtraque concessio stare non potest. Vnde quemadmodum per mentionem heredum, cessat donationis, in qua mortis mentio facta est, reuocatio, quia omnino repugnat naturæ donationis caussa mortis: ita idem etiam est respõdendum, vbi data est nominato potestas renouandi emphyteuticam concessionem, quæ vtilis est in praxi & frequens resolutio.

10 His † etiam addo Interpretes nostros passim intellexisse, donationem inter viuos iudicandam esse, qnoties quioque testium solemnitas, ad donationẽ caussa mortis necessaria adhibita non fuerit, vt habetur *in l.fin. C. de donat.causs mort. & in l.fin. C. de codicill.* vt post alios resolnit Iason *in l. qua dotis, ff. solut. mat. nu.46. Rim. in prin. Inst. de don. n.342.* Sed neque hæc traditio materiæ nominationom, quã tractamus, commode adaptari potest ex lege Regia, *infra §.2.* ad probatiooem cuiusuis nominationis tres testes reqnirentis, siue simpliciter, & sic inter viuos, siue etiam ex caussa mortis per relationem ad illam nominatio celebretur: in quem sensum ille. *§.2.* necessario referendus est.

11 Vlterius fingamus hypothesin: Titius habet emphyteusin cum potestate nominandi, cum morietur, vel etiam simplicem nominandi facultatem habet, quam semel factã reuocare non potest. Is agnatum benemeritum sub commemoratiooe mortis nominauit: deinde variare non erubescens, alium nominauit. Exoritur inter hos nominatos grandis, quæstio & altercatio. Alter propter seruitia a se impẽsa nominationem reuocari non potuisse asserit: alter regula buius Ordinationis nititur, quia oominatio sub mortis commemoratione facta, reuocari potest. Quæritur, *quis iustius induat arma?* Non semel hoc in praxi vidimus. Et quidem primo loco nominati caussam tueri videtur meritorum assertio, quæ robur & vim nominationi præstant, ex notabili Baldi doctrina *in l. si mortis, ante medium, C. ad leg. falcid.* vbi asserit, quod licet, vbi in donatione fit mortis mentio (veluti si dicatur, *Dono tibi post mortẽ meã*, vel *cũ moriar*) io dubio donatio caussa mortis præsumatur, secundũ Bart. *in l. si. q.3. C. de pact. & ibi Dd. per tex. in l. Seia, ff. de dot. ex allegata, & l. Seia & l. vbi mortis, ff. de don. caussa mort.* nihilominns, vbi donatarii merita præcesserũt, præsumitur potius facta inter viuos donatio, vt ita sit efficacior, sequitur, & cõmmendat Tiraq. *in l. si vnquam, C. de reuocan. don. verbo, donatione largitus, nu.47.* Donatio enim, quæ ob meritorum gratiam processit, donationis caussa mortis præsumtionem excludit. Cuius limitationis Alexand. & Iason, meminisse debuissent, *in l. qua dotis, ff. solut. matr.* Vbi alias congesserunt, quod tradit etiam Riminaldus, *in l. fin. C. de pact. col.4. in princ. & Riminaldus iunior in princ. Instit. de donatio. num.350.* Ego tamen animaduerto Baldum *in d. l. & si mortis, C. ad leg. falcid.* id minime tradidisse, quod prædicti auctores firmant. Solum enim ibi Baldus quærit, *an ad confirmationem paternæ donationis, caussa mortis factam, in fauorem filii, rei donatæ traditio necessaria sit?* Et respondet, quod sic per *l.2. C. si quis alteri vel sibi.* Verum (inqnit Baldus) videtur contrarium dicendum, quia filius donationem habet ad instar legati: cnius contrarium ait, obtinet, in simplici donatione facta filio in potestate, ad cuius conualescentiam requiritur traditio, vt notat Cynus, *in l.1. C. de donatio. ante nuptias.* Quod verum esse ait Baldus, nisi donatio fiat filio benemerito, expressis meritorũ caussis, vel habitis pro expressis, quæ sunt notoria: nã cũ talis donatio fiat filio, tanquam extraneo, statim valet. Vt notatur *in auth. Unde si parens, C. de inoffi. testa.* Hactenus Bald. cui aliud Tiraq. & vterque Rim. perperã imponunt. Nã quod de donatione facta filio benemerito ille firmat, statim valere, ad donationem inter viuos, de qua proxime locutus fuerat, referẽdum est. Quod aũt subdit, necessariam esse traditionem, ad confirmaodam inter viuos factam filio donationem, limitat non procedere in donatione pro benemeritis facta, quia statim valet. Quamobrem probare oeutiquam videtur, quod prædicti auctores intelligunt. Nisi subtiliter dixeris, Baldum eo in loco speciem posuisse, quãdo pater simpliciter nulla meritorum facta mẽtione rem filio donauit, dubitans *an traditio fuerit necessaria, vt donatio morte cõfirmaretur?* Eamq; quæstionem distinctionis fœderei ita dissoluit. Vbi nulla filii merita præcesserũt, necessaria traditio est, ad inducendã per mortem cõfirmationem; qunniã a principio huiusmodi donatio nõ tenet, & mortis cõfirmationẽ exigit, vsq; ad quã reuocari sine dubio põt. Vbi vero pro benemeritis filii expresse vel tacite facta fuerit donatio, ait Baldus contrarium obseruandum fore: quia hoc casu donatio statim tenet, neque exigit confirmationem, quoniam filius vt extraneus capit. Expressa dicitur hoc casu pro benemeritis facta donatio, quando illorum nominatim donans meminit. Tacita vero, quando simpliciter fuit facta donatio, exstantibus tamen notoriis benemeritis. In qua specie etsi simpliciter facta donatio præseferat, necessariam esse mortis paternæ confirmationem, nihilominus si filius se benemeritum probauerit, donatio obtinebit, tanquam extraneo facta: In quo sensu illa Baldi traditio singularis est. Cuius argumento prædicti Interpretes resoluunt, idem fore obseruandum in donatione caussa mortis: quæ licet morte confirmetur, & interim reuocari possit, nihilominus tamen, vbi ex parte donatarii benemerita exstabunt, intelligendum est, donatorem illis motum, inter viuos, irreuocabiliter, non mortis caussa donauisse, licet illius fuerit facta mentio. Iuxta quam traditionem, si ad materiam nostrarum nominationum referatur, respondendũ

est

est, emphyteutam variandi facultatem habentē, vel quia nominandi potestatem, cum moreretur, habebat, vel quia nominauit post mortem suam, eam nominationem reuocare non posse, si in fauorem benemeriti facta reperiatur. Est enim in hac specie ea interpretatio assumenda, quod pro benemeritis irreuocabiliter nominare voluerit, vt sic firmior ea nominatio sit.

12 Comprobari † superior resolutio potest ex auctoritate Bartoli *in l. fin.* per text. *ibi, C. de alim pup. præstan. & in l. cum seruus, ff. de verb. obl.* resoluentis, quemlibet actum in dubio præsumi factū ob caussam necessariam, non voluntariam, & proinde consequenter ob benemerita præcedentia resoluēdum est, factam esse nominationem, licet illorum nulla sit facta mentio, vt cum Bartolo, & aliis, pro hac parte arguit Riminaldus *d. princ. Inst. de donatio. nu. 350.* facit quod tradit Crotus *in l. frater a fratre, ff. de cond. indeb. num. 79.* Vbi ait, in dubio, si merita præcedant, donationem remuneratoriam præsumi, nō sanguinis gratia factam. Quæ vtilis resolutio est, & in praxi sequens, licet alias cum Bald. in contrariū vigeat, quod tradit Corneus *cons. 289 vol. 4. col. pen. litera A* firmans in dubio paternam affectionem præualere

13 Potest † alia non minus vtilis, quam necessaria ratio assignari, si consideres, in instrumētis, seu nominationum cartis clausulam illam vulgarem apponi solere, *Omni meliori modo, via, & forma, &c.* cuius sane natura est, excludere mortis caussa donationem, & inducere, quod inter viuos donatio facta dicatur: quia hoc modo, melius & firmius donatur, quam per donationem caussa mortis, vt post Corneum, *lib. 4. cons. 289. col. 8.* & Cranettam, *consil. 214 in fi.* resoluit Riminald. *d. prin. Inst. de donat. nu. 353.* addens idem fore obseruādum, si dixerit, se libere nominare: quo etiam casu cessat reuocatio, quia libera nequit dici nominatio, vsque ad mortem reuocabilis, vt habetur per gloss. & Dd. *verbo libere, in Clem. fin. de ætate & qualit. & in Clement. dudum, de sepultur. verbo libere. Corn. d. col. 8. sub liter. S.* Denique Rimin. *d. loco*, firmat hoc idem fore respondendum, quoties nominans significauerit, se velle nominationem firmam esse, & de præsenti valere, gloss. *in l. post legatum, §. qui mortis, ff. de his quibus vt indign. Corn. d. col. 8. lit. T.* In his enim casibus, & similibus, mortis mētio facta, nominationis substantiæ, & perfectioni, nocere neutiquam potest, quasi dilationis gratia adiecta, vt interim emphyteuti nominans vtatur & fruatur.

Sed *an hac sint obseruanda in casu ordinationis nostra in princip. quando dominus directus non simpliciter dedit, nominandi facultatem, sed ad mortis tempus restrictam est elargitus, Cum morietur,* quęstio est difficilis admodum, propter legis Regiæ verba in princ. ibi, *traspassando todo o direito, &c.* quæ videntur formam constituere, secūdum quam, & non aliter nominans priuari potest, variandi a domino concessa facultate. Quamobrem & si concedamus, verum esse, quod supra resoluimus in eo emphyteuta, cui variandi non fuit concessa potestas, quia simpliciter tantum ei fuit indultum, posse secundam, vel tertiam personam nominare, *vt in §. 1. infra,* sed ipse sibi voluit variādi potestatem auferre, quia aliter, q̄ sub mortis commemoratione nominare noluit, nō sequitur proinde, idem fore obseruandū, in eo emphyteuta, qui variandi potestatem ex concessione dominica obtinuit. Nam quemadmodum ex mentione mortis facta ab eo, qui variare non poterat, inducitur, reuocandi potestatem retinere voluisse, quam alias non habebat: ita ex contraria coniectura induci potest, quod voluerit irreuocabiliter secundum formam cōcessionis nominare: quod absque difficultate fit, quia res facile in suam pristinam naturam reducitur, secundum quam ex dominica concessione semel facta nominatio amplius reuocari non poterat, ad quem statum facilis est reductio, *cap. ab exordio, 35. dist. & Doctores in l. si vnus, §. pactus ne peteret. & ibi Iason num. 11 ff. de pactis. tradit Menchac. lib. de success. resol. §. 9. nu. 94.* Sed contrarium obtinet, quando ex dominica cōcessione emphyteuta variare potest. A qua variandi potestate, vt nominando recedere videatur, efficaciora sane verba, necessaria videntur: siquidem a pristina natura fit recessus. Quocirca non sine mysterio lex Regia, statuisse videtur, quod illa verba addantur, *traspassando todo o direito, &c.* vt tunc demum videatur emphyteuta a se abdicare ius & potestatem reuocandi nominationem a se factam, & non aliter. Iuxta quam interpretationem, necessario omnia supra scripta, ad eum, qui eum non poterat variare, ex eo, quod mortis mentionem fecit, sibi reseruauit, tacitam reuocandi potestatem, ad instar eius, qui mortis caussa donauit, referenda sunt.

Verum † & hæc etiam sunt ad eum emphyteutā referenda, cui nominare incertum de incertis concessum est: quo casu potest, si velit, libere a se abdicare variandi potestatem, non sic, quādo debet nominare aliquem de filiis, seu familia, aut genere, & sic incertum de certis, cū morietur: quoniā in hoc casu propter præiudicium eorum, qui tempore mortis, ipsius emphyteutæ nominantis, superesse possūt, irreuocabiliter nominari nullus potest, per *l. cum pater, §. a filia, ff. de legat. 2. & cap. præcedenti late diximus.* 14

Vlterius † plane probat hic Ordinatio Regia emphyteutam habentem potestatem nominandi cum morietur, posse in vita nominare, reuocabiliter tamen, quia semel factam nominationem potest vsque ad mortem reuocare, ibi: *Se for dado ao foreiro poder, que possa nomear, alguma pessoa, an te de sua morte, ou ao tempo de sua morte, podera fazer a dita nomeacao buna, & outra, & quantas lhe aprouuer, ate o tempo de sua morte.* Quod in terminis probat tex *in d. §. a filia, & l. vnum ex familia in princ. ff. eod. & l. filius familias, §. diuus Seuerus, ff. de legat. 1.* quæ iura ita esse intelligenda probat Pelaez *lib. 1. Maior. q. 48. n. 47.* & tradit Gomezius *in l. 17. Tauri n. 6.* Vbi huius rei rationē reddit. Nec obstat regula *l. si sermo electione, ff. de legat. 1. in princ. & l. statu liberum, 11. §. fin. ff. de leg. 2.* Vbi eligens variare nequit, quoniam glossa *in d. l. vnum, verbo mutetur*, dissoluit hanc facultatem, asserens prædicta iura loqui & procedere in eo, qui secundū mentem, & voluntatem disponentis debet statim eligere, seu nominare: non vero, quando alicui data est potestas eligēdi vsque ad mortem, siue cum morietur, quo casu repugnat magis voluntas concedentis, quod emphyteuta irreuocabiliter possit in vita eligere, quam suffragatur. Quare si contingat illum in vita nominare, mirum non est, si variare possit, vt hic quasi nihil prope gerit, mandati formā non obseruās, sequitur cū gl. sententiam ibidē Bart. 15

ad fin. & Imol. *nu. 6.* Iaſ. *in l. huiusmodi. §. Stychum ff. de legat. 1. nu. 4. Ripa in l. ſerui electione. in prin. num. 14. & Gomez. in l. 50. Tauri, nu. 40.* Quibus tamen obſtat *l. poſt mortē, C. de fideicommiſſ.* Vbi grauatus poſt mortem libere poteſt, in vita reſtituere, *text. in l. patrem, 19 ff. quæ in fraud. cred.* Verum, ſi rectius conſideres, intelliges illum textum ſpecialiter procedere in caſu peculiari, nempe quando quis grauatus vni certæ perſonæ poſt mortem reſtituere reperitur: quoniã tunc viuus reſtituens, non poteſt variare: non ſic quñ vnus de pluribus certis eſt eligendus, vt in caſu *d. §. a filia,* in qua ſpecie non tam late patet nominandi poteſtas, propter præiudicium eorum, qui mortis tempore ſupereſſe poſſunt, quæ fuit ſententia gloſ. *2. in d. l. poſt mortem, C. de fideicommiſſ.* quam ibi probant Bald. *numer. 2.* & Iaſon. 3. Peralta *in d. §. a filia, numer. 94.* & Gomez *in leg. 17. Tauri, num. 6. & in leg. 40 num. 50.*

16 Nec ad rem facere arbitror † eorum obiectionē, qui dicunt ſecundum hunc ſenſum, ex ratione præſcripta, hæc ſolum conuenire caſui, in quo ſic nominatus in vita, deceſſit ante nominantem: quoniã tunc tãtum viget prædicta ratio præiudicii eorum, qui ſuperſunt. Nã cũ ſit de familia, & ſic de vocatis, inter quos cõceſſa electio eſt, omnis aliorum fraus, & prǫiudicium ceſſat, ac conquieſcit. Quoniã videtur, vt illi intelligunt, reſpondendum, nominantem variare non poſſe, & alium eligere, niſi ille caſus cõtingat, quod nominatus ante illum decedat. Siquidem ceſſat ratio præiudicii, in quo variandi poteſtas fundatur. Sed animaduerto in caſu, quem tractamus, nominationi in vita factæ, formam conceſſionis dominicæ obſtare: quæ magis videtur negare, nominationem poſſe in vita fieri, præſertim ſi contingat ſuperior caſus, quod nominatus ante nominantem decedat. Qua ratione a principio, ne de nõ exſtantibus poſt mortem electio fiat, legiſlatori, ne quomodo irreuocabiliter in vita quis nominari poſſet, prohibere iuri conſentaneum viſum eſt. Aliter ea nominatio diuerſo iure cenſeretur, contra not. *in l. eum, qui. ff. de vſucap. & c. cum in tua, de decimis.* Ceterum huiuſmodi nominatio in vita facta, morte nominatoris confirmatur, ſi contingat nominãtem vſque ad vltimum vitæ ſpiritum in ea voluntate perduraſſe, ipſumq; nominatũ illi ſuperuixiſſe, vt nominatim reſoluunt gloſſa, & Doctores communiter, *in d. l. cum pater, §. a filia. ff. de legat. 2. vbi Peralta. poſt n. 3. Gomez. in l. 17. Tauri n. 6. Rip. in d. l. ſerui electione, in prin. ff. de legat. 1. nu. 14.*

Sed † ad hanc confirmationem inducendam, *ſuf-*
17 *ficiat ne mors ciuilis?* quæſtio eſt, ab Hiſpano Tello, Fernandez ſuſcitata, *in l. 17. Tauri a nu. 6.* Vbi reſoluit, quod non ex auctoritate Cyni *in auth. ſi qua mulier, C. de ſacr. Eccl. nu. 4.* vbi aſſerit, quod licet ingreſſus monaſterium habeatur pro mortuo, *vt in l. Deo nobis. C. de Epiſc. & cleric.* nihilominus teſtamentum, quod ante ingreſſum fecit, reuocare poteſt. Quæ eſt communis ſententia *in c. in præſentia, de probatio.* vbi poſt Panorm. & alios tradit Beroius, *nu. 537. late Ruzeus conſ. 155. per tot.* Quo argumento Tellius, d. loco idem firmat obſeruandum, in quolibet alio actu reuocabili. qualis eſt nominatio, de qua agimus. Vnde Monachum etiam fratrum Minorum, ad emphyteuſin nominare poſſe, ſi ei nominandi ſit conceſſa poteſtas, reſoluimus. *quæſt. 6.* Vbi diximus, *nu. 1. cum ſeq.* Monachum fratrum Minorum, poſt profeſſionem prius factam, nominationem reuocare non poſſe, quamuis nominare, vbi nullam fecit nominationem, recte poſſit: ex ratione, de qua ibi. Quo argumento nominationem prius factam, deportatione non confirmari, quoniam & is nominare recte poteſt, reſpondendum eſt. Imo & iam factam reuocare poteſt. *Vt ibidem, diximus.* Quare nullo modo nominatio confirmata dici poteſt; ſiquidem reuocari a deportato poteſt. Verum, quia ſeruus pœnæ factus, huius iuris nominãdi incapax eſt per huiuſmodi pœnam confirmari nominationem factã, reſpondendum eſt.

Sed *an bis, ter, quaterq; pluries liceat, emphyteuta va* 18
riare, quaſi illi nullus ſit præſcriptus terminus, ſeu nominationum numerus circumſcriptus? Vtique vulgaris, quæſtio eſt. Et pro parte negatiua, quod id emphyteutæ neutiquam permittatur, debeatque hæc facultas ad certum numerum coarctari, deduci facile poteſt, ex regula *cap. 2. de reſcr. in 6.* quæ infinitatem, & generalitatem improbat, quæ omnino vitanda eſt, *vt ibi per Doctores. & Ioann. And. plures caſus cumulantem. in regula. in generali. de reg. iur. in mercur. & per Roman. in rub. ff. de arbit. Decius in l. vni. in princ. C. de ſentent. pro eo quod intereſt. & Ludo. Gomez ſuo in cap. 2. de reſcript. in 6. a num. 21.* Quorum argumento poſt Alex. *in l. ſi ex toto, §. fin. in gloſſ. fin.* ibidem Gom. *num. 35.* probat, eum, qui habet poteſtatem variandi, ſemel tantum, & non pluries variare poſſe, *facit regula l. bones, §. hoc ſermone, ff. de verbor. ſignif.* de quo multa Felinus *in c. 2. de treug. & pac. Iaſon in l. duobus, §. ſi ei. colum. 1. & 2 ff. de iureiur. & in l. diuortio, §. quod in anno. col. 2. & 3. ff ſol. mat.* Ob quam regulam merito, Baldus, *in authen. habita, C. ne filius pro patre, nu. 35.* obſeruauit eum, qui ex contractu variandi facultatem habet, ſemel tantum variare poſſe, quem ſequitur Iaſ. *in l. prætor. §. ſi aliquando. ff. de noui oper. nunciat. nu 6.* & nouiſſime Molina *de primogen. Hiſp. lib. 2. cap. 4. n. 36.* vbi ad hoc refert Tiraq. *d. l. bones, §. hoc ſermone, limit. 15. nu. 9.* Solet enim inconſtantia reprobari, & a iudicio remoueri, *l. in cauſſa 27. in prin. ff. de procur. vbi gloſſ. & Doctores, & in l. ſi ſterilis, §. fin. ff de act. emt.* Quamobrem, & ſi concedamus, verum eſſe, prout fateri neceſſe eſt, a domino directo hanc variandi poteſtatem conceſſam eſſe, eo ipſo, quod illam emphyteutæ conceſſit, cum moreretur, reſoluendum eſt, ſemel tantum, & non pluries variare illum poſſe.

Verum † contrarium hæc lex Regia, hic in prin. 19
ibi *buma & outra, & quantas lhe aprouuer ateo tempo de ſua morte.* Quæ verba, ſatis docent emphyteutam poſſe millies variare vſque ad vltimum vitæ ſpiritũ, ad inſtar, & ſimilitudinem teſtãtis, qui vltimam volũtatem a ſe ordinatam plus millies mutare poteſt, quia deambulatoria eſt vſque ad mortem. *l. ſi quis in principio teſtamenti, ff. de legat. 3. l. 3. §. fin. cum leg. ſequen. ff. de adim. legat.* Quamuis Calderi. *conſ. 16. in tit. de iure patron.* vtiliter contendat, patronum ſecularem, cui iura concedunt, poſſe præſentando pluries variare, bis, & nõ pluries id poſſe: quoniã pluralis illa locutio, ad duas tantum vices reſtringitur. *l. pluralis locutio, ff. de regul. iur. l. vbi numerus, ff. de teſtibus, Felinus,* vbi citat Calderinum. *d. conſ. 16. in cap. omnes leges. 1. diſtinctio. & Rochus de iure patronat. verbo honorificum, quæſt. 10. n. 41. Gomez. d. c. 2. de reſcr. in 6. num. 33. & 35.* Quorum reſolutio communis eſt, & in eo caſu procedit, quia materia eſt odioſa & re-

ſtrin-

ſtringenda. *vbi idem Doctores explicant.* Stat ergo firma,& vtilis in propoſita hypotheſi reſolutio, emphyteutam habentem poteſtatem nominandi cum morietur, poſſe pluries variare, vſq; ad mortem.

20 Vlterius † dum legislator ſubdit, *Ante de ſua morte, ou ao tempo de ſua morte,* plane conſtat, nullam prorſus eſſe conſtituendam differentiam, inter nominandi poteſtatem, conceſſam ante mortẽ emphyteutæ, vel cum morietur. In vtraq; enim ſpecie, quia mortis mentio facta eſt, videtur variandi conceſſa facultas, quod agnouit Gomez *in l. 40. Tauri, poſt n. 50.* intelligens diſpoſitionem tex. *in l. vnum ex familia ff. de legat. 2.* concedentem huiuſmodi variationem ei, cui, electio cum morietur, tributa eſt, procedere, etiamſi eidem fuiſſet eligẽdi facultas data vſq; ad mortem, vel tempore mortis, quaſi nulla ſit inter haſce cõceſſiones conſtituenda differentia, quoad effectum, reuocandi ſemel factam nominationem: Quod in grauato, ſeu habente poteſtatem nominandi poſt mortem placuit, etiam Peraltæ, *nu. 3. d. l. vnum ex familia, per l. poſt mortem, C. de fideicommiſſ.* Quo etiam in loco Peralta hoc idem probat obſeruandum, in eo, qui hebet nominandi poteſtatem, cum, vel, quandocunque voluerit, per text. *in l. vxorem, § Scæuola, ff. de leg. 3.* quem ſingularem dixit Romanus, *ſing. 426. Scæuola* (inquit) *reſpondit, cum heres ſcriptus rogatus eſt, cum volet alii reſtituere hereditatem, interim non eſt compellendus ad fideicommiſſum. Claudius. Poſt mortem enim vtique creditur datum.* Vides quam plane docet Iureconſultus, rogatum dare, cum voluerit, poſt mortem dici grauatum. Concordat Vlpian. *in l. fideicommiſſa. §. ſi ſ fideicommiſſum, ff. eod.* ibi. *Hoc autem legatum, cum voluerit tractum habet, quamdiu viuat, is, a quo fideicommiſſum relictum eſt.* Quare merito videtur Peralta d. loco, hanc facultatem nominandi cum volueris, ſeu quandocunque volueris, illi poſt mortem tuam, vel cum morieris, exæquare: quaſi idem prorſus ſignificent, eundemque operentur effectum. Quod ſane Bartolus videtur aduertiſſe, *in l. centeſimis, §. fin. numer. 1. & 3. ff. de verbo. oblig.* aſſerens, nihil omnino differre, ſi defunctus heredem grauet, mihi centum dare poſt mortem, ſeu cum morietur, vel, quando voluerit, ſequitur Alexand. *ibi nume. 3. & Iaſon. 11. Socinus iunior, in l. ita ſtipulatus numer. 139. ff. de verbor. Romanus ſing. 426.* qui communis eſt ſenſus ad eum textum, ſecũdum Coſtam *lib. 1. Selectarum c. fin.* iuxta quem, quemadmodum per hanc Ordinationem *in princ. & vt ſupra* explicatam, qui, cum morietur, nominãdi poteſtatem habet, vſque ad mortem variare poteſt: ita & ille, cui poteſtas nominandi data eſt, quando voluerit, vel, cum voluerit. Quod plane Peralta *in d. l. vnum ex familia, in princ.* palam ſignificare videtur: quatenus legem illam loquentem, in eo, qui habet poteſtatem nominandi vnum de familia, cum morietur, extendit, ad caſum, quo habet, eandem, cum, ſeu, quandocunq; voluerit, nominare.

21 Cæterum † hæc, quæ Gomezius, & Peralta tradiderunt, vix noſtris nominationibus adaptari poſſunt, nec illis congruunt, vt ex inferius dicendis apparebit. Etenim Gomezius, *d. l. 40. Tauri ſub n. 50.* intellexit, nihil omnino referre, inter conceſſionem, ſeu poteſtatem nominandi, cum morietur, vel vſque ad mortem. Quę ſane traditio mihi ſuſpecta eſt, quoniam illa dictio, *vſq; ad mortem,* latius patet ſua pte natura, quam dictio, *cum morietur,* vel *ante mortem.* Quæ ſunt exempla, a lege noſtra præſcripta, in qoibus verborum proprietas reſtrictam naturã habet, per quam neceſſario fatendum eſt, concedentem noluiſſe, emphyteutam in vita nominare poſſe, ex regula *l. in agris, ff. de acquir. rerum domin.* Cuius contrarium obtinet in conceſſione facta cum facultate nominandi vſque ad mortem. In qua ſpecie neutiquam dici poteſt, dominum nominandi poteſtatem ad tempus mortis reſtrinxiſſe. Dictio enim illa, *vſque,* vtrumque terminum reſpicit, ad quem & a quo, nec minus concedi poſſe emphyteutam nominare, nunc cum viuit, quam tunc cum morietur: vt plane docet Pariſius *lib. 4. conſil. 46. per tot.* Qua ratione in hac ſpecie a Gomez. tradita vtique ego ſine difficultate reſpondiſſem, Ordinationis noſtræ diſpoſitioni ſtandum eſſe, imo text. *in §. 1. infra.* Nec viget legis huius Regiæ exemplum, quatenus ſtatuit, id quod dictum eſt, in conceſſione nominandi, cum morietur, obſeruandum eſſe in conceſſione cum facultate nominandi ante mortem. Vt liquet ex verbis legis ibi, *Ante de ſua morte, ou a tempo de ſua morte.* Vt negari non poſſit, conceſſionem ante mortem nominandi reſtrictam ad tempos mortis non eſſe: ſiquidem & ante mortem facta nominatio dici poteſt in vita nominantis facta, quemadmodum ſupra diximus, in conceſſione per dictionem, *vſque,* Quoniam reſponderi facile poteſt, dictionem, *ante,* temporis proximitatem denotare: vt plane deducitur ex titul. *C. de donat. ante nupt.* vbi ea donatio, quæ ab ſponſo ſit ſponſæ, & econtra, dicitur contemplatione nuptiarum futurarum fieri, tanquam ob cauſſam finalem, propter quod huiuſmodi donatio tacitam dicitur habere conditionem, ſi matrimonium ſequatur, vt eſt text. *in l. cum veterum, C. de donat. ante nupt. & ibi nota. gloſſ. Bartol. Bald. Angel.* & Salycet. & ante nuptias huiuſmodi donatio appellatur, quaſi facta ꝑpter illas contrahendas, & propter earum ſpem, tanquam cauſſam finalem. Quo argumento idem eſt dicendum, in conceſſione emphyteutica, cum poteſtate nominandi ante mortem, ſecundam perſonam, aut tertiam, vt intelligatur ea poteſtas data habito reſpectu mortis, quaſi fiat propter illam, & illius ſpem tanquam cauſſam finalem: propter quod ante mortem fieri dici poteſt, ante nuptias donatio, & propterea reuocari recte poteſt. Quod in dictione *vſque,* non obtinet, hæc enim multo latius patet, vt prædiximus: Quocirca Gomezii exemplum ſatis periculoſum eſt.

Nec † minus ſuſpectum eſt, quod Peralta dixit, 22
hoc idem tribuendum fore poteſtati nominandi, cum, vel, quandocumque emphyteuta voluerit, quia, vt ille intelligit, videtur grauatus nominare poſt mortem, vt placuit Iureconſulto, *in l. uxorem, 59. §. Scæuola ff. de leg. 3.* cuius reſponſum ita ibi intelligit Bartolus, vt neceſſario probare videatur, nihil referre, emphyteutæ conceſſam eſſe poteſtatem nominandi poſt mortem, vel quandocumque voluerit. Vt plane innuit Iureconſultus, dum ſpeciem fingens, in qua ſuit heres grauatus, dare cum volet, reſpondet, *poſt mortem enim creditur datum.* Significans, id, quod Bartolus dicit, par ta eſſe, quem grauari poſt mortem dare, vel quandocumque, ſeu cum voluerit. Quæ ſane reſolutio, & ſi communis

sit, nec vera videtur, nec materiæ nostrarum nominationum congruit: quare aliquantisper immorandum est. Et inprimis aduerto Iurecõsultum hypothesin fingere, quando defunctus heredem grauauit mihi centum aut rem dare, cum volet, quod fideicommissum absque dubio conditionale est, propter diem incertum, quo heredem velle contigerit, vt docet Iureconsultus *in l. fideicommissa, 11. §. sic fideicommissum, ff. de legat. 3.* Vbi postquam respondit, legatum relictum, cum heres voluerit, tractum habere quamdiu ille viuat, subdit, fideicommissarium interim decedentem, ad heredes suos huiusmodi legatum non transmittere. *Conditionale cum esse legatū, nemini dubium est,* inqt I.C. Quocirca q̃diu non constat, heredem voluisse, adimpleta nequit dici conditio, & consequenter neque legatum deberi. Quod animaduertens Bartolus, *in d. §. Scæuola: & in l. 1. n. 2. & 4. ff. de legat. 2. rursus & in l. fideicommissa, §. hoc autem, & ibi Bald. & Florian ff. de legat. 3.* docuit, post mortem heredis in hac specie legatum deberi: quia in extremo vitæ constitutus, & exspirans dicitur velle. Quod idem placuit Bartolo *in l. ita stipulatus, num 2 ff. de verbor. oblig.* Iuxta quam explicationem intellectus ille casus, *in d. §. Scæuola,* dum dicit, post mortem heredis legatum ab herede relictum, quandocumque volet dare, præstandum fore, quasi tunc, cum exspirabit, voluerit dare, sine dubio ad rem, quam tractamus, nihil prorsus facit, nec applicari potest, quoniam quæstio proposita in eo tantum versatur, *an is, qui habet potest. item nominandi, quando voluerit, possit, viuus nominare, & semel factam nominationem reuocare:* quam hæsitationem, pro, vel contra minime probat ille casus *in d. §. Scæuola.* ita vt Bartol. explicat, intellectus. Verum quia hic sensus communiter improbatur, *secundum Hippol. in rubr. de probatio. num 249.* tum quia præsupponit, heredem cum moritur velle, quod impossibile est, quia morte magis dicitur exstingui voluntas *l. 4. C. locati,* tum etiam, qui Bartol aliud præsupponit grauius absurdum, nempe quod in casu, quo heres declarauit, nolle se dare, legatarius petere rem legatam non poterit: quod est contra manifestam Iureconsulti mentem, *in d. §. Scæuola,* respondentis, videri post heredis mortem legatum datum. Intelligi, *velit ille, aut nolit.* aliter enim minime posse dici datum, nisi heres velit.

23 Qua † forte ratione Bartolus motus *in d. l. centesimus. §. fin. ff de verbo. oblig. num. 1. & 3.* intellexit, *in d. §. Scæuola,* legatum deberi post mortem heredis, quia testator grauans illum, dare cum voluerit, videtur dedisse post eius mortem: intelligens propter interusurium, illum viuum non præstaturum relictum. Quæ etiam Bartoli traditio minime satisfacit, cum per eam difficultas non dissoluatur, quæ in eo consistit, cur post mortem in ea specie legatum debeatur: siquidem cum volet heres, placuit defuncto legatum dari, iuxta quorum verborum sensum, concurrere debet, heredis consensus, vt legatarius recte petere legatum possit. Qua ratione euertitur, ac labefactatur hæc Bartoli traditio, quam & aliter, & bene improbat Socinus, *in l. verum. §. cum quidam, ff. de reb. dub. n. 3.* & copiosius Costa, *lib. 2. selectarum, cap. fin.* qui tamen *n. 7.* a Socini interpretatione *in d. §. cum quidam,* recedit, intelligentis, in heredis cõtumaciam, qui neglexit declarare, se velle relictum dare, statutū fuisse post eius mortem, ab eius herede illud peti posse. Quam traditionem Costa scrupulosam censet: Omnis enim in herede cessat negligentia & contumacia, quoniam constat, eius voluntate, & libero arbitrio, quando vellet, vt daret, defunctum commisisse, qui rursus, nec certus erat, quod ex ea infirmitate, erat decessurus, vt sic in mora, & negligentia constitui diceretur. Quamobrem nunc idem Costa *in d. cap fin. sub numer. 7.* intellexit in casu *d. §. Scæuola,* defunctum, qui mihi centum legauit, præstanda cum heres volet, seu quando ille vellet, sine dubio heredi dandi necessitatem imposuisse, concedentem tamen, quod posset solutionem differre, ac protelare, quamdiu vellet: qua ratione Iurecõsultus, post mortem illius, si forte prius non declarauit, velle se dare, legatū deberi respondit: quia in hoc casu iam desinit posse nolle præstare, & sic solutionem in longius tempus dilatare: Qua ratione peti ab herede centum legata recte possunt. Inducit etiam Costa in argumentum text. *in l. verum §. cum quidam ff. de rebus dubiis,* vbi Iureconsultus docet, fideicommissum ab herede relictum illi, cui vellet, post mortem dare, validum omnino esse, & teneri heredem dare: ecce ibi libero eius arbitrio solum fuit commissum, cui vellet dare, non ipsum dare. Quo argumento similiter in casu *dict. §. Scæuola,* dicendum est, grauato heredi mihi dare, quando voluerit, impositam fuisse dandi necessitatem, cum libero arbitrio differendi solutionem, quamdiu vellet. Cessat enim in ea specie dispositio. *l. Rogo, ff. quando dies legati cedat.,* per quam heres rogatus, quandoque restituere, cum primum potuerit dare, tenetur, quia testator heredi, differre posse solutionem, vt posset, quamdiu vellet. Ceterum vbi ille cœpit, non posse velle amplius dilatare solutionem, necessitas incipit locum sibi vindicare. Morte autem finiri voluntatem planum est, ex Iureconsulto *in l. fin ff. quando dies legati cedat.* Quare in ipsomet momento, quo voluntas cessat, necessitati locus subest, & sic recte ab herede posse legatum peti Iureconsultus respondit, *in d. §. Scæuola, & in l. fin. ff. qui sine manum. ad libert. perueni.*

Ex † quibus vtiliter resoluitur, emphyteutam habentem facultatem nominandi secundam, vel tertiam personam, quando, seu, cum voluerit, posse, si velit, in vita nominare. Nam cum per supra scripta constans sit, & firma resolutio, statim in vita illi nominandi necessitatem esse impositam, quãuis eam nominationem vsque ad mortem differre possit: Vnde consequens est, nominationem factam in vita, amplius reuocare non posse, ex regula, §. *1. infra ead. Ordin.* Quæ resolutio obtinet, & si reperiatur grauatus, nominare incertum de certis. Cessat enim in his terminis a nobis supra tradita ratio, variandi potestatem concedens: quia dominus tantum voluit de superstitibus tempore mortis, vnum posse eligi, *vt in d. l. cum pater §. filia, ff. de leg. 2. & in §. hereditatem in 1. eadem l.* Quæ traditio eo dumtaxat casu procedit, in quo concessio fuit ad tempus mortis restricta, *vt iam supra resoluimus,* veluti cum concessio facta reperitur, & data potestas nominandi, vnum de familia, cum emphyteuta moriatur, vel ante mortem, seu etiam post mortem, in quibus casibus sine difficultate resoluitur, restrictam esse potestatem nominandi in fauorem eorum de familia, qui tempore mortis supererunt. 24

runt. Quare in eorum præiudicium nequit in vita emphytenta quempiam irreuocabiliter nominare: quoniam de aliis, quam de exsistentibus tempore mortis ipsius emphyteutæ nominandi non fuit data faculcas, vt Iurecconsult. *in d. §. hereditatẽ*, plane docet. Cuius contrarium obtinet, in eo, cui nominandi potestas, quandocunque voluerit, data est, quæ sane restricta ad tempus mortis dici nullo modo potest, *iuxta superius resoluta*. Et proinde nominans emphyteuta, in nihilo domini concedentis voluntatem, & intentionem lædit: & si verum sit vsque ad mortem, posse eum, huiusmodi nominationem dilatare. Quod idem sine dubio est respõdendum, quando emphyteutæ fuit data nominandi potestas, vsque ad mortem, cuius etiam concessionis par est ratio, licet aliud Gomezius supra citatus intellexisse videatur.

25 Subdit † vlterius legislator Lusitanus, *Em sua vida nomeasse, ou ao tempo da morte, &c.* Si coniungas, ac connectas verba hęc, vtique palam probant, cum emphyteutam, cui facultas data est, nominandi secundam vel tertiam personam, eum morietur, posse in vita nominare. Quod videtur tenuisse Baldus, *in l. cum ita, §. in fideicommissum, ff. de lega. 2.* & tradit Segura *in l. vnum ex familia, §. Sed si fundum, ff. eodem, fol. 48.* inferens ad tertiam, de qua *infra lib. 4. Ordination. titul. 82.* quod illam possit parens vni ex filiis in vita donare. In quam rem inter alia inducitur, quod tradunt Doctores *in l. si quando, §. illud, C. de inoffic. testament.* Vbi probant communiter, legitimam, quæ filiis post patris mortem debetur, *vt in l. cum quæritur, eodem titul. & in l. lex Cornelia, ff. de vulgari*, posse ab eodem patre, in vita assignari, & illis tradi. Quo argumento, & simili idem sane videtur resoluendum in casu legis nostræ, vt emphyteuta, cui, cum morietur, est concessa nominandi potestas, possit in vita, si velit, nominare: Quod plane verum esse, & obseruandum innuit Iurcconsult. *in l. vnũ ex familia, in princ. ff. de legat. 2.* ibi: *Et ei quem elegerit frustra testamento suo legat.* Sic enim sunt illa verba, interpretanda, *ei quem elegerit*, Scilicet in vita extra testamenti caussam frustra testamento legat, & ibi obseruauit Peralta, *numer. 2. vers. primum, & numer. 3.* quo loco *numer. 7.* subdit, id mirum non esse: quoniam iure certum est, debitorem, sub conditione, ipsa conditione pendente soluentem liberari, *l. dotis fructus, §. fin. cum l. seq. ff. de iure dotium.* Quo circa emphyteuta licet post mortem, seu cum morietur, & sic conditionaliter sit grauatus nominare, in vita, & sic cõditione pendente poterit nominare, & ab ea obligatione liberari. Aduerto tamen, huiusmodi rationem solum procedere, vbi agitur de solius debitoris præiudicio, quemadmodum contingit in casu *d. §. fin. & in l. post mortem, C. de fideicommiss.* denique & in casu *l. nostra, in prin.* in quo venit eligendus incertus, de incertis. Verum vbi emphyteuta incertum de certis tenetur eligere, contrarium videtur respõdendum, quod in vita nominare non possit. Vt plane scripsisse videtur Padilla *in d. l. vnum ex familia, in princ. num. 10. & 11.* Quæ sane consideratio euertere palam videtur explicationem superius adiectam *l. vnum ex familia, in prin.* Nam cum ibi Iureconsultus responderit, in casu, quo est eligendus incertus de certis, quia vni de familia fuit heres grauatus dare, ex pscripta ratione labefactatur, quod diximus, ibidem probari, posse heredem in vita nominare. Quare dum ibi Iureconsult. præsupponit, extra testamentũ heredem elegisse, sane intelligendum est, id heredem in codicillis, non inter viuos fecisse. At nihilominus vera resolutio est, emphyteutam habentem nominãdi potestatem, cum morietur, posse in vita nominare, & si nominandus sit, secundum formam concessionis incertus de certis. Quo casu loquitur tex. *d. l. vnum.* vbi Iureconsultus præsupponit extra caussam testamenti heredem grauatum, cũ moreretur, restituere dedisse, nulla prorsus codicillorum mentione facta. Quare recte interpretes nostri eam electionem intelligunt, factam fuisse inter viuos. Et est pulcer ad hoc casus, & expressus à Paulo *in d. l. vnum ex familia, col. 1. nume. 4.* inductus, *in l. ex facto, 17. §. si quis rogatus, ff. ad Treb.* vbi grauatus restituere vni ex filiis suis, quem elegerit, potest eam electionem etiam deportatus facere: Quare necessario dicendum est, quod inter viuos eligere potest, quoniam deportatus testamenti factione caret, *l. eius, qui apud hostes, §. 1. vers. insulam, ff. de testament.* concordat tex. *in l. cum pater, 79. §. hereditatem, ff. de legat. 2.* vbi post mortem, seu cum morietur, fuit heres vni de familia grauatus restituere, & posse post deportationem eligere, cui det, Iureconsulto placuit. Quapropter hæc resolutio firmiter tenenda est cum Paulo *d. l. vnum ex familia, num. 4.* quem ibi sequitur Padilla *nu. 9.* & Gomez. *in l. 40. Tauri, n. 49. ad fin.* & Peralta *in § 1. d. l. vnum. nu. 8* resoluentes, proinde huiusmodi nominationem duobus tãtum testibus probari posse, ad instar, & similitudinem contractuum, seu actuum inter viuos, qui duorum tantum testium numero fruuntur, ex regula, *l. vbi numerus, ff. de testib.* quibus tamen lex Regia infra hoc *titul. §. 2.* aduersatur, trium testium numerum requirens, ad probandam inter viuos factam nominationem.

Ex † quibus vtiliter resoluitur, id quod lex nostra Regia hic in principio probat, posse emphyteutam in vita nominare, quamuis cum morietur grauatus sit dare, non minus procedere, quando est nominãdus incertus de certis, prout loquitur text *dict. l. vnum, & d. § a filia*, quam vbi est nominandus incertus de incertis, vt disponit hæc lex Regia hic *in princip.* Licet inter has species longa sit constituenda differentia, scilicet in priori, vbi est eligendus incertus de certis, facta in vita nominatio reuocabilis maneat, vsque ad extremum vitæ spiritum, propter eorum præiudicium, qui tempore mortis emphyteutæ superesse possunt: in altero vero, quando emphyteuta incertum de incertis nominare potest, firma & stabilis sit: quoniam cessat prædicta ratio, & cuiuspiam præiudicium, qui tẽpore mortis emphyteutæ supersit. Et ita sunt intelligendi interpretes nostri, q intelligunt, grauatum nominare cũ morietur, non posse in vita nominare: vt diximus & tradit Padilla, *d. l. vnum in principio, n. 11. & 13.* 26

Sed † hæc omnia sunt necessario restringenda, ad casum, quo potestas nominandi a domino concessa, est ad mortis tempus relata, veluti cum morietur, vel post mortem, seu ante mortem. Verum vbi simpliciter fuit data nominandi potestas, sine dubio in vita nominare emphyteuta potest, *vt in § 1. infra hoc titul.* Quo argumento, si emphyteuta, habet facultatem nominandi, cũ vel quandocumq; voluerit, simpliciter in vita nominare põt, vt in spe- 27

cie post Baldum, & Florian. resoluit Parisius, *libro 4. consil 46. numer. 34.* Quod idem obtinet in eo, qui indefinite nulla mortis, aut vitæ facta mentione, nominandi facultatem habet, vt contingit in eo, cui concessa est emphyteusis, cum potestate nominandi vnum de filiis, seu secundam personam, & quod hæc nominet tertiam, *vt eodem consil. 46. numero 17.* post alios resoluit Parisius, firmans in hac specie non minus in vita, quam in morte posse nominationem fieri. Concordat idem Parisius, *consilio 85. numer. 22.* concedens in vita, & morte nominandi facultatem ei, qui potest dare, cui voluerit, *eodem lib. 4. & lib. 2. consil. 25. nu. 17.* & probat hoc verum esse, si bene expendas, Ordinatio hæc Regia, *infra §. 3. hoc titul.* quatenus se referens ad casum, §. 1. probat, in vita, seu inter viuos, & in testamento posse huiusmodi nominationem fieri. Cui quidem resolutioni minime obstat text. *in l. fin. ff. qui sine manumiss.* vbi probatur, quod infra duos menses, is, cui eligendi potestas concessa est, tenetur eligere, quoniam ille text. procedit specialiter fauore libertatis, vt admonuit Peralta *in d. l. vnum ex familia, numer. 6* & satis indicant verba *d. l. fin.* vbi *fauor inducit, vt infra duos menses, &c.* Quare cauendum est a Baldo, *in l. 1. col. 8. vers. in contrarium ff. de legat. 2.* & a Floriano, *in l. cum quidam, cod. tit.* volentibus, indistincte infra duos menses, exsequendam esse electionẽ ab eo, cui illa commissa est. Denique is, cui nominãdi facultas est concessa, cum morietur, non minus in codicillis, quam testamento nominare potest, *vt tradit Ias. in rub. ff. de leg. 1. n. 14. & Paris. lib 4. cons. 46. num. 23.*

28 Quæ † omnia proculdubio admittenda sunt, vbi de expressa reuocatione nobis constiterit: quo casu omnis cessat dubitandi occasio, siquidem de voluntate reuocantis constat, *vt in l. 2. de legat. 2. & per tot. ff. de adim. legat. §. vlt. Instit. de ademtio. legato.* & vtrobique Doctores, communiter, & Gomezius *in titul. de legat. tomo 2. capit. 12. numer. 16.* Sed an tacita voluntas, & reuocatio sufficiat, quæstio est? Et videtur quod sic. Cui suffragatur traditio, quæ habet, nutu huiusmodi nominationem fieri ad instar, & similitudinem legati posse, ex regula, *l. nutu ff. de legat. 3. & l. in epistola C. de fideicommiss.* Qua ratione, quemadmodum nominatio hæc emphyteutica, tacite fieri potest, & a tacita, seu cõiecturata voluntate pendet: ita etiam per tacitam, & coniecturatam voluntatem potest dissolui, & reuocari, ex his, quæ tradit Gomezius *2. tomo, cap. 12. numer. 56.* vbi ex ea ratione resoluit, legata, quia nutu relinquuntur, tacita & coniecturata voluntate reuocari, quoniam a sola voluntate pendent.

29 Vnde † si post factam nominationem graues superueniant inimicitiæ inter emphyteutam & nominatum, respondendum est, nominationem reuocari, si modo, ea reuocari potest, hoc est, ita facta sit, ac concepta, vt a sola reuocantis voluntate pendeat: quemadmodum & per superuenientes inimicitias reuocantur legata, *l. 3. in fin. cum l. sequen. ff. de adim. legat. & ibi gloss. & Doctores, Gomez. 2. tomo, capit. 12. num. 56. vers. primus est. Peralta in l. legatum. numer. 2. & 3. ff. de legat. 2. pag. 502. Ripa in l. fin C. de reuocan. donatio. num. 151. cum seq Cotta verbo. inimicitia, & Molina lib 1 de primog. Hispan. quæstio. 9. num. 38.* qui resoluunt, hãc reuocationem ipso iure induci, nec esse necessariam verbalẽ aliquam. Concordat Aurpachius, *lib. 4. epist. 5. col. 3.* Et in donatione caussa mortis, id quoq; receptum est, vt per superuenientes inimicitias reuocetur, *tradit post alios Iason, in l. nominis, ff si cert. peta. numer. 5. & Riminald. in princip. post. de donat. numer. 401.* Quorum sane argumento, in proposita quæstione idem resoluendũ est, in nominatione emphyteutica, dũmodo talis sit, q̃ reuocationem patiatur: aliter enim si irreuocabiliter facta reperiatur, vtique ex caussa ingratitudinis reuocari non potest: quia non ab eo emphyteuta, sed magis a domino directo nominatus capit, *l. vnum ex familia, §. 1. ff. de legat. 2.* tradunt scribentes *in cap. fin. de donatio. vbi post alios Barbatia numero 17. & Peralta in dict. leg. vnum, §. 1. numer. 5. versicul. ex hoc resultat.* Quod procedit, etiamsi inimicitia, seu caussa inimicitiæ legatarii, non esset nota testatori, vt quia adulterauit vxorem testatoris, vel similia cõmisit, quæ si testator sciuisset, legatum reuocasset, quibus etiam mortuo testatore detectis intelligitur reuocatũ legatum, per glos. & omnes *in d. l. fideicommissum, & Bartol. in l. 1. in fin. ff. de his quibus vt indign.* Vnde notabiliter Baldus *in consil. 446. si dixi. circa princ. lib. 2.* ait, quod inimicitia, quæ oritur inter viuos & post mortẽ detegitur, similis est posthumo, qui rumpit testamentum, quantum ad legatum, & fideicommissum, & ita tradit eleganter Simon de Prætis *in tract. de interpret. vlti. vol. lib. 1. dubio 2. solutione 4. numer. fin. ad finem, fol. 105. colum. 1.* Quare idem quoque & in nominatione emphyteutica dicendum videtur, quæ ad instar legati, seu donationis caussa mortis reuocari potest.

Quæ † sane resolutio intelligenda est, nisi inimicitiis caussam ipse emphyteuta, qui nominauit, præstiterit. Quoniam tũc firma permanet nominatio, neque per inimicitias superuenientes reuocatur, vt notabiliter voluit Bart. *in l. cum tabulis, §. quoniam, ff. de his quib. vt indig.* per tex. ibi quatenus probat, libertã nõ amittere legatum, ex eo, quod patroni cõcubina esse noluit quod patroni magis, quã libertæ culpam refert. Conuenit Romanus *singul. 196. Aret. in l. 2. §. item si in facto ff. de verb. oblig. & Hippol. in l. 1. §. cum quis latrones, ff. de quæst. n. 7.* qui in eam sententiam allegat Romanum *in l. ab hostibus. colum. 2. in fin. ff. solut. matri.* quem etiam idem refert Hippol. *ibidẽ in §. præterea, numer. 59.* concordat Barbat. *in c. fin. de donatio. nu. 3. Paulus, Bald. Angel. Aretin. & Alex.* quorum meminit Cotta, *in memorab. verbo inimicitiæ capitales, versic. secunda dubitatio.* asserens cõmunem hanc Bartol. sententiam: licet incaute Ias. *in l. hereditas, C. de his quibus vt indign. limit. 2.* firmauerit, se quempiam non legisse huius dicti Bartoli memorem, vt eo in loco aduertit, Iasonem notans Cotta, & Riminald. *in prin. Inst. de donatio, num. 412.* vbi vltra prædictos allegat Barbatiam, *de prost. Cardi. 2. parte, q. 3. col. fin.* & Thom. Grammaticum, *voto. 30. n. 19.* Decium *in cap. 1. lectura 2. de iudiciis,* ex quibus idem Riminaldus asserit, hanc esse communem opinionem.

Hanc † Bartoli sententiam Riminaldus d. loco 30
subtiliter cõprobat ex auctoritate, Ioa. And. a Speculat. *tit. de iudiciis, §. specialia, vers. hoc not.* resoluentis, fideiussorem posse agere aduersus debitorem, vt liberetur ab obligatione, in qua est constitutus, si superueniant inimicitiæ ab ipso debitore caussatæ, non si ab ipsomet fideiussore, sequitur Rom. *consi. 459. & in l. semel mora, numer. 29. vers. quarto ff. solut. matri.*

matri. *Hippol. in d. §. praeterea, ff. de quaestion. numer. 61.* plura similia congessit, Hippol. *d. l. 1. § cum quis, ff. de quaestio. a numer. 5.* de eo, qui vt testes, aut iudices recusaret, caussam dedit. *a n. 5. Felinus, in c. fin. de testib. col. fin.* Quibus sane haec sententia facilime comprobari potest. Ego tñ ne longe emendicata suffragia accersere videar, pro Bartoli sententia induco textũ formalem, *in leg. pen. §. Seia, ff. de adimend. legat.* quem text. late induximus *supra cap. 1. nu. 37.* & ibi alia adduximus.

32 Ceterum † Iason, *in l. si filiam, in principio, C. de inoffic. testamen.* contrarium probat, *& in l heredit as, C. de his quib. vt indign. col. 2* concordat, Ripa, *in capit. 1. de iudiciis, num. 14 & in l. si C. de reuoc. donat. sub num. 151. Peralta in l. legatum, ff. de leg. 2. n. 3. pag. 502. Menchaca lib. de succ. creat. §. 10. numer. 621. Gerardus sing. 5. Ioan de Amic. consi 9. Palacius in rub. de donation. inter virum, & vxorem, §. 78. num. 27. Couarr. in 2 parte Rubr. de testament. nu. 20.* quibus accedit Molina *de primog. Hispan. cap. 9. numer. 38.* asserens hoc verissimum. & *num. 23.*

Mouentur hi auctores contra Bartolum, per tex. notabilem, *in l. 4. ff. de adimend. legat.* vbi Iurecõsult. subdit, *Et poenituerit testatorem prior is offensae.* intelligentes, quod ibi defunctus prius offendit legatarium, & sic caussam dedit inimicitiae & nihilominus probat ibi Iureconsult. reuocatũ fuisse legatum. Inducitur ẽt tex. *in l. ex parte, ff. de adimend legat.* vbi Bartol. sibi fere contrarius, obseruauit heredem repellendum non esse, quando inimicitiis testator caussam dedit, *Molina, d. num 23.* cuius contrarium credit obseruandũ in legatario, per text. ibi, & sic vult reuocari legatum, etsi inimicitiis caussam defunctus dederit. Tertio mouẽtur ii auctores viua ratione: scilicet, quod si per inimicitias reuocãtur legata, quia mutata praesumitur defuncti voluntas, *vt dict. l. 3. §. final. de adimend. legat.* id certe non minus obtinet & procedit, quando inimicitia fuit a defuncto caussata, quam legatario. Ergo, &c. Quarto pro Iasone inducit Riminaldus *in principio Instit. de donat. num 410. versic. quarto textum notabilem, in l. e. ff. de his quibus, indign.* vbi libertus detulit patronum, illicitas merces exercẽtem, & nihilominus patrono, iuste delato, in testamento relicto priuatur. Ergo non est constituenda differentia inter eum, q inimicitiis caussam dedit, quicquid voluerit Bart. & sequaces. Verum quia Bartoli sententiam probare videbatur ille tex. *in d. l. cum tabulis, §. 1. ff. de his quib. vt indig.* respondent Iason, & sequaces, in casu illius tex. ex eo, quod liberta noluit esse patroni cõcubina, minime dici posse contractas capitales inimicitias, quae sunt necessariae ad legati reuocationem, *d. l. fi.* Quocirca mirum non est, si in casu illo firmum permanere legatum responderit Iureconsultus. Sed praedictis non obstantibus prior opinio Bartoli firmior esse videtur. Tum quia, vt praediximus, ex not. Iureconsl. responso, *in l pen. §. Seia, ff. de adim. leg.* cui nihil prorsus Iason & sequaces respondent. Nec q Iason, & illi dicunt, in casu, *d. l. cum secundus tabulis. §. 1.* non fuisse contractas capitales inimicitias, Riminal l. admittit, *in d. prin. Instit. de donatio. n. 413.* docẽs, plane ibi contrarium praesupponi, quia vt ibidem glos. obseruauit illius libertae matrem patronus cognouerat, & nihilominus libertę pudicitiam violare tẽtauit: facinus quidem graue, & a iure interdictum, *vt ibi per eum.* Nec cetera Iasonis argumenta, tãtam vim habent, vt nos cõpellant a Bartoli sententia recedere, si attendas ea, quae scripsit Cotta *verbo inimicitia capitales, vers. & tenendo & Rimin. d. prin. de don. n. 415.* qui nominatim Iasoni satisfacere conantur.

Sed † haec sane intelligenda sunt, nisi post cõtractas inimicitias, emphyteuta nominans diu vixit, ac testamentũ condidit, aut codicillos, ac reuocare factã nominationem neglexit. Nam cũ reuocare potuerit, nec reuocauit, magis confirmasse semel factam nominationem, & in ea voluntate perstitisse, dicendum est. ex auctoritate gl. *in l. athleta, §. dat remissionem, vers. nisi, de excus. tuto.* quatenus probat, quod licet verum sit, tutoris dationem reuocari per inimicitias superuenientes, ad instar legati, *vt ibi*, nihilominus si diu defunctus post illas contractas, & a se notas tacuit, nec testando illam reuocauit quasi remittens, in ea tutoris datione videtur perstitisse. Concinit, quod tradit Salycetus *in l. si totas, num. 3. C. de inoffic. donat.* vbi etiam resoluitur, donationem reuocatam per filiorum natiuitatem, vt habetur *in l. si vnquam, C. de reuoc. donat.* conualescere, si post mortem nati filii, parens vixerit, nec de re donata disposuerit, ex nouo quodam & tacito cõsensu, ex eo inducto, quo de re ipsa ille non disposuit, tradit Iason plura referens, *in authent. ex caussa, C. de liber praeter, numer 25. & in l. si mater, Cod. de inoffic. testament. numer. 2.* plures recenset Tiraquel. *d. l. si vnquam, verbo, libertis, n. 172* & Molina *de primogen. Hisp. cap 9. nu. 40.* vbi Socinum, Bertrandum, & alios refert, & Menchaca, *lib qq. illustr. cap. 10. num. 35. cum seq.* 33

Quibus † tamen non obstantibus in his terminis contrarium necessario resoluẽdum est, per tex. not. *in l. pen. §. Seia, ff de adim. leg.* vbi scriptum est, legatũ a Seia Tirio relictum, semel per inimicitias cõtractas, ppter capitalẽ accusationem, reuocatũ, non cõualescere, imo reuocatũ manere: quis post eam, a Iureconf. inductã reuocationẽ, illa codicillos faciat, nec legati vllatenus meminerit. Et mature considerandũ est, illũ tex. loq in Seia, quae post institutam contra eam criminalem actionem, & sic post notas inimicitias, codicillos fecit. Qua ratione ibi habemus tex. clarum, & hanc quaestio. decidentem, quod legatum, semel reuocatũ, non confirmat, etsi cõtigat defunctum diu viuere, tacentem, nec reuocantem, vt ibidem obseruauit Bart. *nu. 1. Areti. consil 93 nu. 5. & consil. fi. num 5. Alex. in l. 1. ff. de vulg. numer. 33. Ripa, Peralta, & quidam alii, quorum ad id meminit, Molin. lib. 1. de primog. Hispan. cap. 9. num 41.* Ex quibus profecto, in casu, quem tractamus, idem necessario resoluendum est, nominationem emphyteuticam semel per inimicitias reuocatam, perpetuo reuocatam manere, nec amplius conualescere. Nec obstabit glossa dicta *l. athleta*, in contrarium citata, quia vel falsa in his terminis est, nempe quando testamento tutor datus est, vel in eo casu tantum fauore pupilli, ne tutore careat, admitti potest, vt nominatim Molin. respondet *d. numer. 41. ad fin.* Quod vero diximus reuocationem donationis inductam per *d. l. si vnquam, C. de reuoca. donat.* conualescere, vbi mortuo filio parens tacuit, nec de re donata disposuit, ex his, quae Iason tradit, *in authen. ex caussa, C. de liber praeterit. n. 25. cum seq.* constat expeditum nõ esse, & ex Tiraq. *in loco iam citato.* Verum ea retenta sententia, minime obstat, si cõsideres dispositionem *d. l. si vnquam*, exorbitantem esse, & 34

iuris præceptis contrariam, vt Tiraquell. docet *ibidem, verbo. libertis.* Qua ratione mirum non eſt, ſi de facili ad regulas iuris communis reuertamur, ſecundum quas facta donatio reuocari non poteſt. *l. perfecta donatio. C. de donatio. quæ ſub modo:* vt in ſpecie agnouit Corneus, *conſi. 4. nu. 6. vol. 3. & Tiraq. d. verb. liberos, n. 181.*

35 Verum † ad has inimicitias probandas ſufficere duos tantum teſtes voluit Bart. *in l. fideicommiſſum, C. de fideicomm.* quem ibi ſequuntur Ang. Paul. Corneus, & Iaſon, & eſt cõis ſcribentium reſolutio, *teſte Cotta in memor. verbo inimicitia, & Molina, lib. 1. de primog. Hiſp. c. 9. n. 57.* tradit etiam Bald. *in l. errore, & in l. fin. in fin. C. de teſtam. Paulus Caſtr. in l. heredes palam, §. Si quid poſt. col. pen. ff. eod.* reprobata opinione Bart. *ibidem,* & eandem opinionem tenet nouiſſime Simon de Prætis *in tract. de interpr. vlt. vol. lib. 1. dubi. 2. Sol. 4. n. 28. fol. 104. col. 2. ad fin.* Et eſt in prompto ratio, quoniam in hoc caſu ſolum agitur, de probando actu inter viuos geſto: de quo vbi conſtat, lex ipſa ex tacita voluntate diſponentis, reuocationem inducit. Quocirca regularis probatio actuum inter viuos ſufficit. quæ duorum numero eſt contenta. *l. vbi numerus. ff. de teſtibus, cap. in omni negotio, eod. tit.* cuius contrarium obtinet in expreſſa reuocatione, quæ cum ſit actus vltimæ voluntatis, ſaltem quinque teſtes exigit, ſecundum gloſ. *in l. cum proponebatur, ff. de leg. 2. Bald. Alex. & Iaſon, col. fin. in l. errore. C. de teſta. Bart. & alii in d. l. fideicommiſſum,* vbi Padilla *numer. 1.* hanc teſtatur eſſe communem opinionem & Cotta, *vbi ſupra,* quamuis Bartolus ſibi contrarius, *in l. heredes palam, §. Si quis poſt, cum Dino, ff. de teſtam.* voluerit, minori numero quinq; teſtium probari has inimicitias ad effectum reuocandi legatum, nõ poſſe. quem ad hoc commendat Iaſon *in l. hereditas, C. de fideicommiſſ. col. 1. verſ. non tamẽ.* Idem Iaſon, *in l. filio quem pater, num. 7. ff. de liber. & poſthum.* commendat etiam Felin. *in cap. cum oporteat, de accuſatio. n. 4. col. 3. poſt medium, ante verſic. Vlterius etiam gloſſam.* A quibus omnino cauendum eſt in foro, quoniam prior verior, ne dum receptior ſententia eſt. Vt docet Cotta, *d. verbo. Inimicitia.* aliquibus ſimilibus comprobans Quæ profecto vtilis traditio eſt ad caſum huius legis Regiæ: vt per duos teſtes ſufficiat, inimicitias probare ad inducendam nominationis factæ tacitam reuocationem: non vero expreſſam, ad quam tres omnino ſunt neceſſarii, *per tex. in §. 2. infra iſto tit.* Eadem enim ſolemnitas, idemque teſtium numerus, qui ad confectionem actus exigitur, idem requiritur ad illius reſolutionem. Nihil enim magis frequentius eſt, quam per eaſdem cauſſas quid diſſolui, per quas conficitur. Quocirca quẽadmodum ad probandam nominationem tres teſtes ſunt neceſſarii, *vt dicto §. 2.* ita etiam ad illius reuocationem probandam totidem concurrere, neceſſe eſt, vt contrariorum æqua ſit ratio, & iuris diſpoſitio.

36 Verum † hæc omnia procedunt, quando viuum adhuc emphyteutam nominatus læſit, ac offendit, quo caſu proprie loquitur Iureconſult. *in lege 3. §. final. cum ſequent. ff. de adimend. legat. & in l. pen. §. Seia, eodem titulo.* Inducitur enim contraria nominantis voluntas, per quam dicitur reuocata ſemel facta nominatio: Quæ quidem voluntas reuocandi ceſſat, quando poſt nominantis mortem inimicitiæ exortæ ſunt, commiſſave offenſa aut ingratitudo. Morte namque finitur voluntas. Quare nulla iuris ratio permittit huic caſui poſſe commode adaptari prædictam iurium traditionem, quæ habet, propter offenſam ſuperuenientem, reuocari factam de emphyteuſi nominationem: quæ morte dicitur pleno iure confirmata: & per eam a primo concedente nominatus capere, *iuxta l. vnum. § 1. ff. de leg. 2.* Quæ reſolutio confirmari poteſt, ex his quæ noue, & vtiliter ſcripſit Peralta, *in l. 3. §. qui fideicommiſſum, ff. de hered. Inſtit. ſub nu. 87. verſ. ſed occurrit,* reſoluens vocatum ad Maioratum, propter ingratitudinem commiſſam, poſt mortem vocantis, illius ſucceſſionem non perdere: quoniam inquit, id iure cautum non reperitur, nec priuatio in aliis, quam in caſibus expreſſis, imponi poteſt. *l. ſi quis, § fin. ff. de relig. & ſumtib. funer.* cum aliis ab eodem Peralta adductis, *in d. loco, numer. 88. in princip.* Cui ſententiæ ego accedo. Quare ego intelligo, nihilominus poſſe hunc nominatum poſt mortem nominantis offenſam committentem, tanquam indignum priuari, per ea, quæ habentur, *in l. 1. ff. de his quib. vt indign.* per quæ & alia hoc ita reſoluit Molina, *lib. 1. de primog. Hiſpan. c. 9. numer 43 cum ſequent* & concordat Gomez. *2. tomo c. 12. num. 56. verſ. ex quo.* Ceterum hæc omnia ceſſant, quoties nominanti emphyteutæ placuerit offenſam, ſeu iniuriam illatam remittere expreſſe, vel tacite illum in gratiam ſuam recedens, & ad domum propriam introducens, vt tradit Iureconſult. *in l. 4. ff. de adim. legat. vbi Bartol. in §. fin. l. praeced. nume. 5 & 6. & Iaſon in authent. ex cauſſa. C. de lib. præter. numer. 3. & 14. idem Iaſon poſt alios, in l. ſi filio quem pater, ff. de lib. & poſthum. Coſta in l. Gallus, §. & quid ſi tantum, 3. parte. numer. 180. cum ſequent. eodem titul.* Curtius. & Ripa quorum ad hoc meminit Molina *de primog. Hiſpan. c. 9. num. 42.* quibus addendus eſt Cotta, *in memorab. verbo, filius familias, qui a patre, & Gomez. tom. 2. cap. 12. numer. 56. verſicul. Item ſecus.*

Reuocatur † etiam huiuſmodi nominatio, de qua 37
agimus, per ipſius rei emphyteuticæ alienationem, a nominante factam, per quam quidem dicitur reuocatum ipſo iure legatum, *l. rem legatam, 18. ff. de adim. legat.* vbi Modeſtinus, Iureconſultus ita ſubdit: *Rem legatam ſi teſtator alii donauit omnino exſtinguitur legatum, Nec diſtinguimus, vtrum propter neceſſitatem rei familiaris, an mera voluntate donauerit, vt ſi neceſſitate donauerit, legatum debeatur: ſi nuda voluntate, non debeatur. Hæc enim diſtinctio in donantis munificentiam non cadit, cum nemo in neceſſitatibus liberalis exſiſtat.* Ex quo Iureconſulti reſponſo plane deducitur, per alienationem contingentem, titulo lucratiuo, qualis eſt donationis, aut alterius nominationis, ſine vllo dubio reuocari, ad inſtar legati, prius factam de re emphyteutica, nominationem: nulla prorſus facta conſideratione, an a mera, liberave voluntate, ea alienatio proceſſerit, an vero neceſſitate aliqua cogente. Quæ ſane diſtinctio, & conſideratio, eo tantum caſu locum habet, & admittenda eſt, quando ea titulo oneroſo alienatio facta eſt. In qua ſpecie, ſi ex neceſſitate, alienatio prodiit, firmum manet legatum, infirmum vero ſi ex voluntate. Concordat Iureconſultus, *in l. fideicommiſſa. §. ſi rem. ff. de legat. 3.* vbi ita Iureconſultus, *Si rem ſuam teſtator alicui legauerit, eamque vrgente neceſſitate, alienauerit, fideicommiſſum peti poſſe. &c.* Et ibi notant gloſ. ordinaria, Alber. & Dd. communiter, & Impe-

Iator

rator *§. Si rem suam Instit. de legat.* vbi etiam gloss. Faber. Angel. & Platea. Gomez. *2. tomo. cap. 12. nu. 56. vers. secundus casus, tradit Iason in l. 2. C. de legat. & Alex. lib. 6. consil. 168. Peralta in l. Lucius, in 1. numer. 27. ff. de leg. 2. pag 248.* Cuius differentiæ ratio subtiliter quidem a Iureconsulto *in d. l. rem legatam*, assignatur, dum subdit: *Cum nemo in necessitatibus, &c.* Quamobrem, qui impellente durissimo necessitatis telo rem legatam alienat, animo reuocandi legatum, caret: quoniam magis tunc ingruenti proprię necessitati consulere studet, quam legatario præiudicium gignere, *per supradict.* Et propterea firmum, ac stabile manet legatum, respectu saltem existimationis, ab herede præstandæ. Porro vbi testator rem legatā donat, aus voluntarie distrahit, nulla prorsus vrgente necessitate, cessat prædicta ratio: quia nō est verosimile, rem liberaliter donare, aut ex voluntate alienare voluisse, heredemque suum ad redimendum rem sic alienatam, obligare. Quo fit, vt quod in legato in dictis iuribus scriptum est, pariter, & in donatione caussa mortis obseruandum sit, vt aduertit Dynus *in l. Stychum, ff. de legat. 1* quem ibi cōmendat Baldus, & sequuntur alij, quorum meminit Iason, *in l. 3. C. de legat. colum. 2. vers. ad 3e, & ibi etiam Alex. & in d. l. Stychum, nu. 10. & ibi Iason, nu. 28. idem Iason in l. non omnis. ff. si cert. pet. numer. 4. ad fin. Couarru. in rubr. de testam. n. 18.* plures refert Tellius Fernan. *l. 17. Tauri, n. 117.* asserens cum Alciato communem esse. & Riminald. *in prin. Inst. de donat. n. 399. cum seq.* vbi hanc sententiam fortissimis adstruit argumentis. Ex quibus proculdubio deducitur, in casu, quem tractamus, respondendum fore, nominationem ab emphyteuta factam reuocabiliter tamē, per subsecutam alienationem infirmari, si modo ex caussa voluntaria proficiscatur: iuxta præscriptam a Iureconsulto distinctionem *in d. l. rem legatam.*

38 Antequam † lector optime ad alia ꝓgrediamur, hic oportunum fore existimaui, hypothesin subiūgere, quam olim in Bracarensi Curia inter disertissimos, & iurisprudentissimos ea tempestate Senatores satis agitatam, & controuersam vidimus. Ego tunc temporis in hac quæstione aliquantulum non sine laude insudaui. Præsidebat eo tempore in eo Senatu doctissimus & excellentissimus Iureconsf. D. Anton. Francisf. Cancellarius meritissim. Is prædictā distinctionem caussæ voluntariæ, & necessariæ, cōmode applicari nostris nominationib. emphyteuticis, non posse, summo cū iudicio existimabat, intelligens in vtroq; casu, ꝓ eo, in quem res fuit alienata, fore respōdendū. Casus erat. Emphyt. fuit Petro cōcessa cū potestate nominādi secundam vel tertiam personam, cū moreretor. Is Ioannē nominauit, simpliciter. Quo casu secundū huius l. Regię dispositionē variare licebat. Contigit pro debitis exsoluēdis, & ære alieno capi in caussam iudicati emphyteusin, q̄ publica auctoritate subhastationi exposita, Titio, ꝓ quingentis aureis fuit addicta, cui virtute exsecutionis fuit tradita realis possessio emphyteusis. Paulo post Ioannes, quem Petrus nominauerat, ipsam emphyteusin vindicabat, ex vi nominationis, asserens, alienationem postea factā, necessitate vrgente, non sponte fuisse factā: qua ꝑꝑ secundum præscriptam distinctionem firmam manere nominationē in sui fauorē, non reuocatam cēseri debere dicebat, ex regula *l. rem legatā*. Ceterum doctissimos Anton. Franciscus, cuius votū vidimus, dicebat simpliciter, eam distinctionē accipiendam nō esse, vt vulgus & pragmarici opinabātur. Item ēt in omnē euētū, siue ex caussa necessaria, siue volūtaria alienatio contingeret, in casu *d. l. rem legatam*, asserebat, emtorem tutum esse, & innoxium, nec a legatario conueniri vlla ratione posse, quia tit. emtionis obtinebat: cuius natura est efficere, quod res vēdita perpetuo penes emtorem maneat, *vt in l. 3. C. de leg.* Cynus obseruanit, constituens differentiam, inter alienationis, & pignoris titulum, *& ibi Iason, col. 1. in fi. sequūtur alij.* Qua ratione, quod nostri interpretes aiūt, & iura ꝓbant per necessariā alienationem, minime reuocari legatū intelligitur respectu æstimationis ꝑstandæ, quam ab herede defuncti petere legatarius recte potest, non ab emtore rē ipsam vindicare. Quę quidem traditio vera est, & apud omnes passim recepta. Quocirca iure optimo repellendum censebat auctorem ab emtore, rem ipsam emphyteuticā vindicare volētem, intelligentemq; firmam suā nominationē ꝑmansisse, quia alienatio ex caussa necessaria nō voluntaria contingit. Quæ ratio licet fuco & lenocinio illius leg. blandiri videatur, vera tā nō est: qm̄ firmitas, & robur nominationis factæ fauore Ioānis, æstimationē ab herede nominātis ꝑstandam duntaxat non rē ipsam respicit, ac intuetur. Ceterū aduersarii patronus Conimbricensium præcepto. rum præsidio, opeq; adiutus refragabatur. opinatus eam cōsiderationem minime obesse. Nam quēadmodū, *in d. l rem legatam*, prædicta fit distinctio, inter alienationem voluntariam, & necessariam, ad inducendam legati reuocationem, aut negandam ex tacita quadam, & coniecturata defuncti voluntate: ita in proposita specie, eandem dicebat obseruādam fore distinctionem, vt per voluntariam alienationem videatur omnino prius facta nominatio reuocata, per necessariam vero minime: sed ius tantū sua vita duraturum, nominantem alienare voluisse, nō post mortem nominantis, ad nominatum pertinēs. ex auctoritate Socini, *consil. 50. nu. 5. vol. 1.* resoluentis, vendentem emphyteusin, ius suum duntaxat, id est, sua vita duraturum, & non vltra alienasse videri. In quam rem facit, quod tradit Pinellus *in l. 1. C. de bon. mater. 3. par. n. 37.* resoluens, patrem, alienantem filii bona aduentitia, vsumfructum tantum, & sic ius suum, non proprietatem ad filium pertinentem distrahere, ne quo modo, quod suum non est, vendidisse existimetur. Sed vir ille eximius hanc strenui patroni considerationem eo tantum casu admitti posse respondebat, quo res ipsa emphyteutica, paruo pretio, respondente iuri venditoris, pro tempore vitæ suæ duraturi, fuit distracta: non sic, quando pro vero ipsius rei emphyteuticæ valore, & iusto pretio illa fuit vendita: in quo casu vtique reiicienda illa consideratio est, quemadmodum reiicitur tacita, & cōiecturata voluntas, (quod testator noluit, reuocare legatum, quando illud tantum hypothecauit, non vendidit, vt resoluunt omnes per text. ibi *in l. 3. C. de legat. & in §. Si rem suam, versicul. secundo. Institut. eod. titu. vbi etiam Dd. & Gomezius, in 2. tomo. cap. 12. s. n. 56. versu. secundo intellige.* tradit Crotus, *in l. frater a fratre, ff. de condictio. indebi. numer. 90.* Ex cuius ratio; quia hypotheca, & si appellatione alienationis veniat, non est tamen vera, & propria alienatio plene iure facta, & in perpetuū, duratura, sed magis sub specie solutionis, vt obseruauit Cynus, *in d. l. 3. quem sequuntur Paulus, Iason, col. 1.* ceteriq; scri-

bentes,& Gomezins *vbi supra*, quando testator rem ipsam legatā pro iusto pretio hypothecauit: in qua specie, quia cessat spes luitionis, legatum reuocatum censetur. *Barto. d. l. rem legatam, in fine, post alios Iason, dict. leg. 3. C. de legat. column. 2. in princip. & Gomez. d. numer. 56. versicul. ex quo singulariter infertur.* Quare ita vir ille eximius, se etiam in alia caussa, in supremo supplicationis Senatu, anno 1560. obtinuisse testabatur, & postremo ita quoque fuisse ꝓnuntiatum, & tandem in sacro Regio Palatio, vltimum supplicationis remedium fuisse denegatum aduersario.

39 Illud † vnum tamen aduerto, non vulgare, non oportere alienationem fore firmam & irreuocabilem ad hunc effectum, reuocandi nominationē emphyteuticam, de qua agimus, quoniam quantūcunque nulla alienatio sit, reuocat, vt est pulcer casus *in l. & si transferam. 20 ff. de adimend. legat.* vbi Pomponius in hæc verba: *Et si transferam legatum in eum cū quo nobis testamenti factio non est, siue in seruum proprium, cui sine libertate legauero, licet ei non debeatur, nec illi tamen debebitur, cui fuerit ademtum.* Vide enim quam clare docet Iureconsultus, inutilem alienationem, reuocare legatum, & si contingat, nulli deberi: Primo scilicet, a quo fuit translatum, & secundo cui fuit concessum, quod ibidem obseruauit Bartol. asserens inutilem ademtionem legati illud protinus exstinguere: Concordat Iureconsultus *in leg. plane 34. ff. de legat. 1.* ibi *Plane vbi transferre voluerit legatum, in nouissimum, priori non debebitur: tamen si nouissimus talis sit, in cuius persona legatum non consistat.* Quod sane responsum plus quam manifeste docet, inutilem alienationem sufficere ad reuocandum legatum, & ibi notat Bartolus, & Doctores, tradit etiam Papinianus *in lege legatum, 24. §. primo, ff. de adimend. legat.* vbi testator filiæ hortos instructos legauit, & sic seruos ibi commorantes, quos postea inter viuos vxori donauit, & sic inutiliter respondet Iureconsultus, respectu seruorum donatorum, legatum reuocatum manere, vbi etiam idem aduertit Bartolus & Alexander, *in additio. Ioannes Andr. in regula. non praestat, colum. 2. de regul. iur. in Mercur.* Baldus quem ad id refert Peralta *in l. qui testamento, ff. de legat. 2. numer. 5.* inferens proinde, donationem paternam, in filium collatam de tertia, qua filium meliorare potest, iuxta formam l. Regiæ *lib. 4. tit. 70* adeo reuocabilem esse, vt per alienationem quāuis inutilem infirmetur: quoniam hæc reuocatio legati, aut rei similis a sola voluntate nostra pendet, quæ cum demonstretur, per inutilem alienationem necessario producere debet reuocationem. Quo argumento idem respondendum est, in nominatione emphyteutica reuocabili, quod infirmetur per aliam secundam, aut factam in fauorem alterius personæ, alienationem, quamuis inutilem. Quę sententia confirmari potest ex septem ad id adductis argumentis a Peralta, *d. loco, a n. 4.* quib. addo dispositionem *d. l. & si transferā,* etiam in contractibus locum habere, *vt tradit Socinus, lib. 1. consil. 122. num. 13 cum seq.* Quorum quidem iurium auctoritate, coniunctis his, quæ Alex. & Ias. scripsere, *in d. l. plane, nu. 6. & in l. certi conditio. §. quoniam, num. 3 ff. si cert. pet.* aliquando in praxi respondi, reuocabilem nominationem a muliere quinquagenaria factam, infirmari per aliam secundā factā in fauorem mariti, quę lex Regia a tali vxore quinquagenaria nominari posse prohibet. Nisi dixeris, nominationē hanc omnino inutilem reuocationis effectu carere, vt ex infra dicendis apparebit.

40 Verum † multa sese offerunt in contrarium, quibus suprascripta labefactari posse videntur. Et imprimis tex ille singularis, & a Bartolo ibi commēdatus, *in l. fin. §. si. ff. de auro & arg. legato,* vbi palam probatur, per inutile legatum speciei non derogari, aut infirmari legatū in genere factū, licet infirmaretur, si fuisset validum. Quocirca hoc idem videtur in ꝓposita quæstione resoluēdum, quod alienatio nulla impedire priorem validam nominationem minime potest. Quod nobis Iureconsultus significare videtur, *in l. sed quod ff. de rescind. vendi.* vbi secunda emtio, inutilis, seu pactum initum inutiliter post primam emtionem validam, illam non infringit. Et ibi Baldus obseruauit, quod per cōtractum inutilē, seu imperfectum, non receditur a primo valido. & commendant Bart. & Dd. *in l. plane, in 1. ff. de legat. 1.* & est ad idem bonus casus, *in l. sequens, 31. §. 1. ff. de procurator.* coniuncta doctrina Baldi, *in l. 1. numer. 10. C. de satisdando,* resoluentis, per secundum mandatum validū, non ꝑ inutile reuocari prius validum. Et sic esse intelligendum tex. *in d. §. 1.* Nihil enim, & inutile, in iure solent æquiparari. vt habetur *in reg. impedimentum non praestat. quod de iure non sortitur effectum.* Et sic conuenit dispositio, *l. si seru. ff. de legat 3* & ibi Barto. *oppos. 1.* probans, per actum inualidum, non induci reuocationem tacitam, seu coniecturatā prioris actus validi, tradit Peralta, *in d. l. qui testam. ff de leg. 2. nu. 15.* qui a *nu. 13. pag. 479. cum seq.* nouem in huius partis fauorem nō contemnenda adducit argumenta. Quorum illud magis stringit, quo ꝓbatur, etiam in contractibus prædictam traditionē veram esse, ꝙ per secundum contractum nullū, non receditur a primo. Vt habetur *in l. si quis ante vers. si conduxerit, ff de acq. possess. Alexand. & Iason. & Socinus ibi & in l. certi conditio, §. quoniam, ff. si cert pet. Peralta, d. l. num. 18.* Ex quibus proculdubio negare non licet, valde ancipitem, & ambiguam esse hanc quæstionem, & difficilem eius decisionem. Ego cum Peralta *d. l. loco, n. 20 cum seq.* adhærendum puto priori sententiæ, quæ habet. per nominationem etiam inutiliter factam infirmari priorem: quod viua satis, & vrgente ratione confirmatur.

41 Etenim † nominatio facta in vita, ab eo, qui habebat potestatē nominandi, cum moreretur. ꝓtinus nulla nō est, imo mero iure tenet, reuocabiliter tñ, & ad instar donationis caussa mortis, ac donationis paternæ, & inter virum & vxorem mortis cōfirmationem exspectat, *l. cum hic status, ff. de don. inter vir. & vxor. in prin. cum aliis adductis per Gomez 2. tom c. 4. num. 23. vers. aduertendum, Peralta, d. num. 20. Alex. lib. 2. consil. 26. vers. 3. praesuppono, & consil. 142. versicul. item respondeo, & consi. seq. vers. & praeterea, lib. 5. Mynsingerus lib. decisio. Camera Imperial. centur. 2. q. 33.* Verum hæc confirmatio morte ipsa, tanquam re efficiente non confirmatur, sed magis tacita quadam defuncti voluntate, in qua præsumitur defunctum perstitisse, simulac prius factam & reuocabilē donationē non reuocauit, *vt in d. l. cum hic status, in princ. & in §. habetur.* Quæ præsumtio iuri consentanea est, quoniam variatio, seu voluntatis mutatio, in homine non præsumitur, nisi probetur, *l. cum quis ff. de probatio. l. sancimus, C. de testament. & l. nunquam, §. seruus, & ibi Barto. ff. de vsucapio.* vbi etiam Imola

& Paulus, & est bonus text. *in c. maiores, de baptismo.* Quocirca donatio inter virum & vxorem facta, nō minus, quā si expresse, ab eo denuo fuisset comprobata, morte donantis confirmatur, & proinde vim habet relicti, nec confertur, secundum gloss. & Dd. *in authen. ex testamento. C. de collatio.* Patitur etiam falcidiam, *l. in donationib. C. ad leg. falcid.* nec mirum, quoniam vt Gomez. *d. 2. tom. cap. 4. numer. 23. vers. item infertur*, admonuit huiusmodi donationes valere, vt ex nunc, scilicet a tempore mortis, non vt ex tunc, a tempore, quo fuerunt factæ. Et est ratio, quia tacens, nec reuocans, qui potuit reuocare, de nouo dare videtur, *l. 1. §. Sciendum. ff. de legat. 3* ibi. *Dum eis non adimitur*, & notat gloss. *in l. si Titio, 93 §. fin. ff. de leg. 1.* & in specie notat Gamma. *q. 175. n. 2. & post nu. 11.* Quare respondendum est, per secūdam nominationem ēt inutilem, & inualidam infirmari primam: siquidem necessario cessat illa tacita, & interpretatiua voluntas, sine qua confirmāda dici non potest. Imo quia constat de voluntate defuncti, quod noluit nominatum emphyteusin habere, cessat omnis confirmationis ratio.

42 Sed † hæc necessario restringenda videntur, ad casum, quo secunda nominatio nō est omnino nulla, adeo quod nulla prorsus spes conualescentiæ superest, qꝫ poterit aliquo casu sortiri effectū. Vt notabiliter explicat Socinus, *in l. si quis, ante nonnb. 4. ff. de acquir. poss.* resoluens, pactum de præsenti inualidum, cuius conualescentia, temporis progressu sperari potest, reuocare priorem actū reuocabilē: Intelligitq; contrarium necessario fore resoluendū, si actus secūdus omnino est nullus, omni prorsus conualescentiæ spe carens, quia tunc per talem actum non reuocabitur prior; quantumuis reuocabilis sit, quod ex Bart. *in l. & si transferam. ff. de adim. legat.* deducit Peralta, *vbi supra, numer. 21. ad fin. cum sequent.* hanc traditionem vti veram probans. Exigitur enim aliqua validitas, in secunda nominatione saltem spe futura, quo possit prima infirmari. Non solet enim impedimentum præstare, quod de iure nullum sortitur effectum, *cap. non præstat, de regul. iuris in 6.* Qua ratione mortis caussa donatum, vel a patre filio famil. collatum, quia reuocari potest, & mortis cōfirmationem exigit, si vxori donetur, reuocatur: quia huiusmodi donatio a marito vxori facta & si de præsenti non sit firma, potest tamen morte confirmari: & propterea per eam prima donatio reuocatur. *vt in d. l. qui testamento.* Vtiliter Peralta probat, a *numer. 4.* contrarium resoluens omnino obseruandum, quando secunda donatio omnino est nulla, omni prorsus carens spe conualescentiæ, quia per hanc prima non reuocatur, quamuis suapte natura sit reuocabilis, vt ibi adnotauit, *nu. 23. vers. sic. & est adnotandum, & versic. primus.*

43 Vnde † ibidem Peralta docet, versic. *ex quibus*, qꝫ si emphyteuta quemquam priori loco reuocabiliter nominauit, deinde alium, etiam posteriori loco reuocabiliter quoque nominauit, hanc posteriorem nominationem præualere, quia omnino nulla non est: siquidem morte confirmari potest. Et sic intelligenda est hæc lex Regia hic in prin. ibi. *E pola derradeyra nomeacão, ferano as outras renogadas.* Intellige, licet & ista vltima ita sit concepta, vt reuocari possit. Satis enim est, ad hunc effectum reuocationis, quod in futurū potest conualescere, scilicet, per mortem nominantis: Iuxta quam interpretationem vtique procedit. text. *in l. fin. § fin. ff. de auro. & arg. leg.* quem supra in contrarium induximus. Ibi enim testatrix omnia sua ornamenta legauit, deinde iussit corpus suum quibusdam ex illis ornatum sepeliri. Neglexit heres testatoris præceptum. Quare legatarius, illa petebat, quia sibi omnia ornamenta legata fuerant, neque illa particularia cum testatrice sepulta. E cōuerso heres dicebat, adempta ea ornamenta, de quibus defunctus specialiter disposuit, fuisse: quia generi per speciem derogatur. Nihilominus tamen Iureconsultus respondet, legatario, ea ornamenta præstanda fore. gl. fin. rationē reddens, subdit, recte hoc fuisse responsum, quia illa dispositio, per quam testatrix ea particularia ornamenta a generali ornamentorum legato subtraxit, nulla fuit omnino, & inepta: siquidem ornata monilibus voluit sepeliri, contra dispositionem iuris, huiusmodi ornamentis sepulcra decorata prohibentem: ineptasq; & fatuas has defunctorum voluntates, iudicantem, vt plane docet Iureconsultus *in l. seruo alieno, 96. § fin. ff. de leg. 1.* in hæc verba, *Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vt vestis, aut quæ alia superuacua, in funus impendantur, non valere Papinianus libro 3. digestorum scribit*, & per illum textum ita tradit Simon de Prætis, *in tractatu de interpretat. vltim. volun. lib 2. dubio. 2. solut. 2 n. 69. fol. 234.* Quod enim est ineptum & ridiculum, non expedit fieri, *Bald. in l. nam dubitari, ff. de hered. instit.* & non debet seruari, *Iason, in l. apud Iulianum, §. constat, numer. 6. versical. prædictis, de legat. 1. & Salycet. in l. 1. numer. 3. C. de his, quæ pœnæ no. & Cretius in l. nemo potest, num. 145 ff. de legat. 1. Lucas de Penna in l. 1. C. de expens. ind. lib. 11.* quemadmodum nec valent, quæ referuntur ad turpem caussam, *l. Quintus in fin. ff. de annuis leg.* nec quæ referuntur ad diffamationem, & specialem infamiam legatarii, *l. turpia, ff. de legat. 1.* vel etiam si mandet ædes destrui. *l. filiusfamilias, §. ades, ff eod.* Ecce qualiter liquido constat, ineptam, & prorsus nullam defunctæ voluntatē fuisse, in casu *d. l. fi. §. fi. ff. de auro & argento leg.* quatenus præcepit, se ornatam sepeliri. Non mirum ergo, si eorum ornamentorum, ademptio, quibus se, defuncta ornari voluit, legatario, cui omnia ornamenta, fuerunt legata, non noceat. Quocirca ille text. facile retorqueri potest, & per eum supra scripta resolutio confirmari, iuxta quem sensum procedit text *in l. si quis ante, vers. si quis conduxerit, ff. de acq. possess.* Loquitur enim, quando secundus actus est, omnino nullus, omnique conualescentiæ spe carens. Vt nominatim admonuit, Peralta, *d. l. qui testamen. 10, ante nu. 25 versic. non obstat, deinde*, quem vide a *nu. . 3. versic. nunc deuenio*, singulis legibus, & rationibus in contrarium adductis respōdentem, vbi sex pro huius materiæ solida resolutione conclusiones, & syntagmata constituit.

Si † postquam igitur, me irreuocabiliter nominasti, Titium iterum, nominaueris, nihil egisti. & si 45 casus fingi posset, in quo conualescere hæc secunda nominatio possit, vt probatur *in l. sed quod, in prin. & vers. quod si ante. ff. de rescind. vendit. & l. si quis, ante fin. ff. de acquir. possess.* quorum meminit Peralta, *d. l. qui testamento ff. de leg 2 nu. 23 versic. non obstat deinde. pag. 484. col 1. in fin. & fol seq. vers. in prin. & column. seq. ad med. conclus. 1.* Quæ optima est ampliatio ad hanc legem Regiam, quatenus probat, nominatem cum cessione totius iuris emphyteutici, amplius variare nō posse. Vt procedat, etiam si temporis pro-

gressu possit casus contingere, in quo secunda hæc nominatio possit sortiri effectum. Cuius rei facile potest exemplum constitui, in casu notabili, quem tractabimus *infra in §.4. hoc tit. q.9.n.18. cum seq.* Vbi ad satietatem examinabimus, *an valeat secunda nominatio facta ab eo, qui alium prius nominauerat, & per cuius mortem ad nominantem, fuit ipsa emphyteusis reuersa?* Quoniam Peralta *in d. loco* solum agit, de reuocando primo actu, valido, per secundum inualidum; sub spe tamen, quod aliquando poterit conualescere: quo casu negat, per hunc secundum actũ, aliquod primo generari posse præiudicium: quod videtur longe diuersa caussa, & tractatus, ab eo, de quo futurus est serm. *in d. §.4.*

45 Sic † etiam ex superiore resolutione dicendũ est, quod si Titius nominauit Semproniũ reuocabiliter, vel etiã, quia simpliciter dumtaxat, citra omnis iuris emphyteutici cessionem, vel etiam per relationem ad tempus mortis, sine difficultate, per secundam, in fauorem alterius personæ factam nominationem, etiam inutilem, dummodo spem habeat conualescentiæ, prima in fauorem Sempronii facta nominatio reuocabitur, vt in d. loco Peralta probat, *num. 20. cum seq. & pag. 486 col. 2 in fin. concl. 2.* Quod tamen ibi vtiliter explicat, & intelligit ꝓcedere, nisi prima nominatio, reuocabiliter facta, inter viuos fit, & secunda inutilis in testamento, seu alia vltima voluotate, quoniam per hanc prima nominatio nõ reuocatur: quia tam potens est ad reuocandum vltima voluntas inutilis, quam contractus, vt ibidem ex Bartoli auctoritate probat Peralta. Et est notabilis resolutio.

46 Tertia † etiam conclusio deducitur ex eodẽ Peralta *ibidem pag. 487. col. 2.* quod vbi tu Petrum testamento valido nominasti, & postea Ioannem alio inualido testamento nomioasti, oihil protinus egisti: nam cum testamentum in totum infirmare conteoderis noo nisi alio æque perfecto infirmare potuisti, *§. posteriore quoque Instit. quibus mod. testamen. infir.* a sola enim voluntate defuncti testamenti infirmitas oon pendet, *§. ex eo autem fo. eod. titul.* tradit, Peralta hoc ita resoluens *d. conclus. 3.* & nostra lex Regia *infra hoc tit. §. 2.* Verum si testamento factam nominationem reuocare intendis, vtique ad similitudinem legati, firmo in aliis manente testamento, eandem reuocare poteris, *vt in d. §. 2. obseruabimus.* Quod tñ intelligendum est, verum esse, quando nominatim reuocaueris, asseuerans pœnitere, te fecisse in mei fauorem, nominationem emphyteusis, ideoque nolle, illam valere: quo casu, sioe vllo scrupulo infirma prior nominatio erit. Et ita procedunt quæ trademus, *in d. §. 2. infra eod. titul.* Rursus idem erit obseruandum, quando per consequentiam nõ directe prius factam nominationẽ in testamento, to valide reuocasti, simpliciter nominãdo aliam ꝑsonam, ad eandem emphyteusin: quamtis non profitearis, te primam nominationem non reuocare. Satis enim per consequentiam reuocat, qui alium nominat. Quæ sane reuocatio interpretatiua, & quæ per consequentiã inducitur, debet valide fieri. Aliter enim si inualide, actus nullus non est potens tot producere specialia, vt est glossa notabilis, *in l. si fideicommissum, C. de fideicommissis, & in l. heredes palam, §. si quid post. ff. de testament. Peralta, d. loco conclus. 4. pag. 487.* quem vide.

47 Vode † si postquam me inter viuos reuocabiliter nominasti, testamentum fecisti imperfectum, seu minus solemne, & sic inualidum, in quo factam antea mei nominationem directo reuocasti, nolle eã valere ꝓfessus, vtiq; quia de voluntate tua palam cõstat, 40
inutilis mea nominatio erit, vt cum Bartolo, cõmuniter recepto resoluit Peralta, *d. l. qui testamento colu. fin. conclus. 6.* Verum si directo non reuocasti, sed per quandam consequentiam, quia aliam personam nominasti, & consequenter factam de me nominationem reuocasti, nocere mihi ea interpretatiua ademtio non potest, vt habetur, *in l. si iure, ff. de legat. 3.* Vbi est casus elegans, cuius ad id meminerunt scribentes *in l. plane, in princip. ff. de legat. 1.* Caue tamen, quia ille text. *in d. l. si iure,* loquitur, quando prima nominatio fuit facta, in testamento valido: secunda vero in imperfecto: qui casus particularem videtur habere rationem, per quam prędicta Peraltę resolutio suspecta reddi potest. Attende igitur ad hypothesin ibi ꝓpositam. Defunctus iure facto testamẽto, fideicõmissum mihi reliquit; deinde aliud testamentũ nõ iure fecit, in quo mihi aliã rem, non quæ priore fuerat relicta testamento legauit, quæsitum est, *an propterea, carere debeam fideicommisso in primo testamento relicto.* Et videbatur dicendum quod sic. Vt ibi Pomponius arguit, *quia fideicommissa voluntate nuda infirmarentur.* Concordat Vlpian. *in l. 3. §. si ff. de adimend. legat.* ibi, *Non solum legata, sed & fideicommissa adimi possunt, & quidem nuda voluntate,* & vtrobique notant glossa, & doctores, & tradit Aurpachius *libr. 4. epistola 5.* intelligens id tam procedere in vera voluntate, seu directe reuocatoria, quam in tacita, & interpretatiua, per quam similiter inducitur legati ademtio, vt si superueniant inimicitiæ, *l. 3. in fin. cum l. seq. ff. de adimend. legat. l. ex parte eod. titul. l. inimicitia. 9. ff. de his quib. vt indign.* habetur *in l. 3. ff. de auro & argent. leg.* Vbi vxori legatum denegatur, & reuocatum esse censetur, si a marito postea diuertat. Non est enim verisimile maritum vxori a se diuertẽdi magis, quam mortuæ, quicquam relinquere voluisse, *l. 2. eod. tit.* Quaꝓpter Pomponius *d. l. si iure, ff. de legat 3.* pro parte affirmatiua, & ratione dubitandi arguit, legatum ademtum videri, siquidem constat de voluntate defuncti, qui secundum testamentum conedere elaborauit, in quo aliam mihi, aut nullam rem legauit. Quod videbatur sufficere, ad legati ademtionem. 41
ad quam sufficit nuda testatoris voluntas, tacita, vel expressa, *per iura supra citata,* & probat Imperator *in l. fideicommissum 27. C. de fideicommiss.* Verum in specie proposita quia legatum fuit in testamento iure facto relictum, quo infirmo, & reuocato, aliud secundum condens defunctus voluit decedere, contrarium obseruandum Pompoonius refert, in hæc verba, *Sed vix ad obtinere potest fortassis ideo, quia tu demum a priore testamento recedere velim, si posterius valiturum sit.* Vides qoam argute a prædictorum iurium regula, & traditione recedit Pomponius, quando legata sunt testamẽto valido relicta & posteriore adimuntur, quo casu neutiquã reuocata censebuntur, nisi secundum testamentũ sit iure factum, & ex eo adiri hereditas valeat, quoniã tunc dicitur a primo testamento recessum, *vt in §. 1. Instit. quib. mod. testa. in. firm.* Considerauit enim Pomponius voluntatem testatoris, qua cõstat, voluisse a priore testamento recedere, conditionem quandam tacitam habere, si secundum testamentũ teneat, &

ad

ad effectum perduci queat, prout iure statutum est, & consequenter voluisse, nisi hoc contingat, prius factum firmum manere, vt ex verbis prædictis deducitur. Secundum quam interpretationem, necessario fatendum est, vbi testator, secundum condens testamentum, legata in primo relicta reuocauit, voluisse firma permanere, si contingat inutile & imperfectum seu non iure factum secundum testamentum esse. Nam hoc casu quemadmodum heredis institutio, in qua ipsius testamenti caput consistit, firma permanet: ita & in eo legata relicta, tanquam accessoria firma censeri debent, vt in *d. l. si iure*, plane sentit Bartol. *oppos. 1.* & Paul. *in l. si pluribus, ff. de legat. 1. nu. 4. Ias. in l. plane, n. 4. eod. tit.* Quorũ sententiam veram esse censeo. Etenim testamenta, aliter, quàm posterioribus iure factis non infirmâtur, *d. §. 1. & seq quib. mod. test. infir. l. 2. ff. de iniusto rupto. l. hac consultissima, §. si quis autem, C. de testam.* In quo sane heredis institutio, & legata differunt, quoniam illa non nisi solemni testamento infirmatur, hæc vero nuda voluntate reuocantur, vt cum Azone obseruauit glossa *verbo. nuda. dict. l. 3. §. fin. ff. de adim. leg.*

48 Ex † quibus sic explicatis, canẽdum censeo a Ripa, *in l. 1. num. 183. ff. de vulgari*, existimante in casu *d. l. si iure. ff. de leg. 3.* Ideo secundam dispositionem inutilem nõ reuocare priorem vtilem, & sic legata primo testamento relicta: quia constabat, testatorem confirmare, non reuocare priora legata, voluisse, quæ sanè interpretatio repugnat literæ illius text. quoniam Iureconsultus loquitur etiam in casu, quo testator variauit, alias res legans, aut aliud diuersum, aut nihil, ibi: *Vel aliud, quam quod priore testamento, vel omnino non sit relictum.* Vt melius multo considerauit, ipsemet Ripa, *in l. re coniunctis, ff. de legat. 3. nu. 136.* Illud tamen non prætermittam lector optime, Iureconsultissimum Hectorem Rodriguez Lusitanum, Primarium Salmanticensis Academiæ Professorem eximium, nostrum præceptorem, quem superioribus annis alba canicie, & senili grauitate illustrem illam scholam decorantem, maximosque honores gloriose perfunctum, intqua & acerba mors cum maxima iuris prudentiæ iactura abstulit, erupit, exstinxit, aliter & noue illum textum *in d. l. si iure* interpretabatur. Intelligebat enim, ideo ibi per secundum testamentum, non cẽteri ademtum legatum, mihi in priore testamento relictum, quia liquido constabat, etiam in secundo testamento defunctum mihi pinguius, & forte abundantius testatorem prouidere voluisse: quare quia ob secundi testamenti imperfectionem consequi in eo relicta non possunt, iuris regulis cõsentaneum visum fuit, statuere, quod in primo testamento relicta, firma permaneant, iuxta quem sensum asserebat vir doctissimus, interpretandam fore *l. si quando 112. ff. de legat. 1. & l. ex verbis 14. C. de donatio. inter virum & vxorem.* quatenus probant, inutile legatum esse, si maritus, quæ viuus vxori donauerat, legauit, quia confirmare magis, quam reuocare donata legando visus est. Et vltra quidem quoniam ex solo titulo donationis, morte confirmato, vxori secundum iuris regulas prouisum est.

49 Quamobrem, † si casus contingat, in quo vxori prouisum non reperiatur, prout euenit, quãdo maritus illi simpliciter donauit, nec ad rei donatæ traditionem processit, citra quam, morte confirmari donatio non potuit, vt tradit Gomez. *in 2. tom. cap. 4. n. 23. ad fin. & in l. 50. Tauri, n. 65. versi. vnum tamen.* & est tex. de hoc *in l. Papinian. ff. de donat. inter vir. & vxorem*, tradunt Corrasius *in Miscellan. lib. 5. cap. 1. Rogerius, in l. 2. ff. de donatio. nu. 11. ad fin. cum seq. Conarruu. in rub. de testam 3. parte, num. 3. Gregor. Lopez. in l. 4. tit. 11. Part. 4. Mencha. de success. prog. §. 1. nume. 138. Mynsinger. lib. decisio. Imperial. centur. 2. q. 33.* necessario fatendum est, vtile legatum esse, quod vti verum probo. Non tamen satis percipio, qualiter ex interpretatione prædicta ad illa iura, ille sensus inferatur: maxime quia vir ille testabatur, hoc casu reuocata manere donata, & per validum legatum ademta. Cuius contrarium verius est, siquidem constat, defunctum ideo legasse, ne ob defectum traditionis, donata corruerent. Quare hunc intellectum ab illo singulari viro traditum (parcant mihi eius manes, est enim οὐχ ὁσίη φθιμένοις [illegible]) id est, *nulla pietas defunctos conuiciari*, minime amplectendum censeo. Repugnat enim manifeste literæ tex. *in d. l. si iure, ff. de leg. 3.* Vbi I. C. plane loquitur, in casu, quo defunctus, nihil prorsus mihi legauit, in secundo testamento, vt ibi, *Vel omnino non sit relictum.* Quapropter verius multo est, quod supra aduertimus, ideo ibi legata in primo testamento ademta non videri, quia per secundum testator illa voluit reuocare, sub quadã tacita conditione, si valebit & primum omnino infirmabitur. Secundum quem sensum, qui verus est, & rationi Iureconsulti congruens, nulla ꝓrsus est cõstituenda differentia, inter reuocationẽ directam, & obliquã, seu quæ fit ꝑ consequentiam, si modo ea reuocatio fiat in testamento prioris reuocatorio, quia in vtraq; reuocatione, tacita illa inest conditio, *si per secundum testamentum primum reuocetur*, quæ conditio efficit, vt in omni casu firma maneant legata, in priore testamento relicta, siue directe, siue indirecte, in secundo testamẽto reuocentur. Et sic ille tex. intelligendus, & ampliandus est, licet Peralta, *d. col. fi. l. qui testamẽto, ff. de leg. 2.* illum restringat ad reuocationem indirectã, quæ fit per consequentiam, vel quia secundo testamento eandẽ rem priore legatam, alii legauit, aut prioris legatarii protinus non meminit, quo casu per consequentiam videtur defunctus reuocare.

Quæ † resolutio vbi per secundum testamẽtum, 50
fit reuocatio, defendi non potest, *per supra scripta.* Quapropter vbi tunc in testamẽto valido nominasti ad emphyteusin, quam obtinebas, & postea alio secundo testamento, quo primum reuocare intendis, aliũ nominasti, vel me prætermisisti, nulla prioris nominationis in meum fauorem, facta mentione: siue etiam nominatim eam nominationẽ reuocasti, absque vllo dubio, & difficultate, infirma mea nominatio erit, nulliusq; roboris & momenti cẽsenda. Si modo secundũ hoc testamentum, quo hæc fecisti, iure perfectum, & validum sit. Aliter enim si imperfectum reperiatur, nec iure validum, prior in mei fauorem facta nominatio obtinebit, quasi nunquam reuocata fuerit ex ratione Iureconsulti *d. l. si iure, ff. de leg. 3.* cũ his quæ paulo ante diximus, quod plane significare legis Regiæ verba *in §. 3.* infra vidẽtur, ibi: *Si fizer testamento, no qual nomear, & despois reuogar o tal testamento, ou fizer por direito per qual quer maneira irrito por nenhum, fiqua a dita nomeaçam isso mesmo reuogada. Por quanto sendo o testamẽto reuogado, on*

auido por nenhum, he iſſo meſmo anda por nenhuna a nomeacano nelle ſeita, como ſe nunca fora ſeita. Nihil enim, & inutile comparantur in iure, & quæ iure nõ ſubſiſtunt, impedimento non ſunt. *Regula nõ præſtat, de reg. iur. in 6.* Porro ſi extra ſecundum teſtamẽtum, tu inutiliter in mei fauorem factam nominationem reuocaſti directo, quia plane de reuocatione, tuaq; voluntate conſtat, infirmabitur nominatio, & propterea ego emphyteuſin non obtinebo, ſed is, ad quem illa ſecundum iuris ſucceſſionem ptinebit, quia ſola voluntate, reuocari in teſtamento facta nominatio, ad inſtar legati põt, *vt iam ſupra diximus.* Quod tñ ad directam reuocationem reſtringendum eſt, non ad eam, quæ fit, & inducitur p cõſequentiam, qualis eſt, quando alium emphyteuta nominauit, quoniam hæc niſi ſolemniter, & per actum validum celebretur, reuocationem non producit, & propterea, prius facta nominatio, firma permanet, vt reſoluimus cum Peralta, *d. l. qui teſtamento, pag. 487. concl. 4.*

51 Denique †, vbi tu me teſtamento, aut inter viuos reuocabiliter nominaſti, & poſtea in fauorẽ incapacis, ſecundã nominationem feciſti, nec aliter meam nominationem reuocaſti, quam per conſequentiã, proculdubio, nihil egiſti, ex regula *l. & ſi transferam 20. ff. de adim. legat.* Vbi legati ademtio, & translatio, in fauorem eius facta, qui inteſtabilis eſt, quamuis illi non proſit, priori legatario nocet, a quo legatum fuit ademtum. Sed contrarium erit obſeruandum, ſi defunctus nominatim legatũ non ademit, vt reſoluit Peralta, *d. loco ad fin.* qui ad idem citat tex. *in l. & ideo 8. ff. de adim. legat.* quatenus probat, mortuo ſecundu legatario, viuo teſtatore, primũ, a quo fuit ademtum illud petentem audiendum fore: quia legatum directo non fuit reuocatum, ſed p quandam conſequentiam, quia ſecundo datum, & in eũ translatum, in qua ſpecie tacitam ineſſe ademtionem Iureconſ. probat, *in l. ficut. 5. ff. illo tit. de adim. leg. Iaſ. in l. re coniunctis, numer. 19. & ibi Ripa n. 23. ff. de leg. 3. Iaſon in l. ſi pluribus de leg. 1. Alciat. in l. triplici, de verbo. ſignif.* Quæ vtilis profecto reſolutio eſt, iuxta quam aliquãdo reſpondimus, hanc Ordinationẽ Regiam, hic probantem, per ſecundam nominationem extingui primam, intelligendam eſſe, quando directo fiat prima reuocata: non quando tacite per conſequentiam, quoniam tunc, ſi ſecunda deficiat, per mortem nominati decedentis ante nominantem, vel aliter, prima obtinebit per tex. *in d. l. & ideo. 8. de adim. legat.*

ARGVMENTVM.

Nominatio an reuocetur ex l. ſi vnquam, de reuoc. dona.

Maritus an poſſit vxorem nominare, & reuocata nominatione an reuocentur fructus, & quid in reliquis quæ reuocantur, ſcilicet in donatione legato.

Nominatio in teſtamento facta, an facta traditione in vita fiat irreuocabilis: &, An traditio rei emphyteuticæ impediat nominationis reuocationem: &, An nominans variare poſſit: &, An reſeruatio vſusfructus impediat reuocationem: &, An donatio dotis cauſſa facta irreuocabilis.

SVMMARIA.

1 *Nominatio an ſit reuocabilis per l. ſi vnquam.*

2 *Reuocabilis nominatio per l. ſi vnquam, reuocatur.*

3 *Nominatio irreuocabilis per l. ſi vnquam non infirmatur.*

Nominatus capit a domino non a nominante.

4 *Donatio vxori a marito facta, quæ ab alieno patrimonio proficiſcitur valet.*

Maritus poteſt vxorem ad emphyteuſin nominare.

5 *Emphyteuſis quando pro vno ex filiis nominando cõceſſa eſt, etiamſi nominatio ſit irreuocabiliter facta nata ſobole reuocatur.*

6 *Mulier quinquagenaria non concipit.*

7 *Fructus vindicat, qui nominationem reuocat.*

8 *Legatum cum fructibus reuocat teſtator.*

9 *Titulus reuocabilis non præſtat fructus.*

10 *Titulus inter viuos, etiamſi poſſit reuocari, præſtat fructuum acquiſitionem.*

11 *Donatio inter virum & vxorem reuocatur cum fructibus.*

12 *Bona fides vxoris exiſtimantis donationem valere, præſtat fructuum acquiſitionem.*

13 *Interpretatur l. de fructibus, 18. ff. de donatio. inter vir.*

14 *Comparatum ex vſuris rei reſtituendum eſt.*

Fructus rei donatæ a marito vxori, morte confirmantur, cum donatione ipſa.

15 *Fructus rei legatæ percepta viuo teſtatore, non pertinent ad legatarium.*

Legatum poſt mortem præſtandum, & cum commodis qualiter intelligatur.

16 *Traditio legati facta in vita impedit reuocationem. Sed contra verius.*

Interpret. l. l. Lucius, 22. ff de leg. 2.

Traditio præſtat dominium irreuocabile.

Traditio regulatur a titulo præcedente.

Tertia bonorum legata, & in vita tradita reuocatur.

17 *Traditio ſimpliciter facta, citra legati commemorationem, impedit reuocationem.*

18 *Voluntas non præſumitur mutata.*

Traditio regulatur a titulo præcedente.

19 *Traditio vbi fit, expreſſa cauſſa dotis, aut ſimile ceſſat legati reuocatio.*

Filia teſtamento relictum, ceſſat ſi poſtea viuo patre donetur.

Dos conferenda vbi in vita a patre eſt ſoluta.

20 *Nominatio emphyteutica teſtamento facta fit irreuocabilis ſi in vita tradatur.*

Fructus perceptos nominatus non tenetur reſtituere reuocata nominatione.

Nominatus ad emphyteuſin fructus facit ſuos irreuocabiliter.

Fructus maioratus an repetat, illius ceſſionem reuocans.

21 *Primus maioratus cõditor reuocat maioratum, traditum cum fructibus.*

22 *Traditio rei emphyteuticæ non impedit nominationis reuocationem.*

Nominatio emphyteutica mortis cauſſa donationi comparatur.

23 *Traditio facta in continenti poſt nominationem non impedit reuocationem, ſecus ſi ex interuallo.*

24 *Nominatio facta ab eo, qui habet ex conceſſione poteſtatem variandi, per traditionem non fit irreuocabilis.*

Teſtator tradens rem legatam, in vita videtur, & inter viuos dare.

Titulus ſolus nominationis an conferat nominato ius irreuocabile.

Clau-

Clausula constituti, nec usus fructus reseruatio non facit irreuocabilem donationem.

26 *Cessat variatio vbi nominato est quæsitũ dominium.*

27 *Variatio cessat vbi constat nominantem a se abdicauisse variandi potestatem.*

28 *Nominans quando dicatur a se abdicare potestatem variandi.*

Qui a se omne ius emphyteuticum abdicat, variare non potest.

Nominandi & variandi potestas potest cedi.

Differentia incerti de certis, aut de incertis cessat.

29 *Transferre verbum, quam vim habeat.*

30 *Gerundium inducit conditionem & formã, & qualiter sit intelligendum verbum transferendo, &c.*

31 *Reseruatio vsusfructus, non nocet nominato, quominus dicatur irreuocabiliter nominatus.*

Nominato potest res tradi sine metu commissi.

Reseruatio fructuum non impedit reuocationem nominationis, quia nec traditio.

32 *Nominantem voluisse a se abdicare potestatem variandi satis est, quod constet, licet non cedat omne ius, quod habet.*

Satis est quod emphyteuta nominans siu eligens omne ius cedat, licet non dicat, quod illud cedit.

Fructus qui tantum reseruauit variare non potest.

Fructuum reseruatio non facit donationem videri inter viuos factam.

33 *Promittens non reuocare omne ius dicitur cedere, ideoq; non reuocat si nominatus superuiuat.*

34 *Nominatio iurata non reuocatur, nec geminata.*

Nominans potest reuocare nominationem licet omne ius transtulerit in nominatum, quando ei persuasum fuit, ita oportere nominationem facere.

35 *Nominatio etiam dotis caussa facta reuocabilis est, nisi dotans totum ius cessit.*

36 *Nominatio reuocari non potest, quando dotans solum vsumfructum reseruauit, aut aliter omne ius cessit.*

37 *Cessio iuris emphyteutici ex titulo emtionis aut permutationis est irreuocabilis.*

38 *Emphyteuta quãdo sibi reseruauit potestatem disponendi de re emphyteutica, licet cesserit omne ius, per contractum inter viuos nominationem reuocare potest.*

39 *Nominandi potestas, quando simpliciter non per relationem ad tempus mortis fuit concessa, nominatio reuocari non potest.*

Nominandi facultate alternatiue concessa semel facta electio reuocari non potest.

40 *Electio vnius remedii, tollitur alterum quando duo alternatiue competunt, & nu. 41.*

42 *Nominandi potestatem qui habet, cum morietur, potest viuus nominare.*

CAPVT IV.

1 VLterius animaduertendum censeo huiusmodi nominationem emphyteuticam, de qua Ordinatio Regia *hic in princip.* factam ab emphyteuta, cum moritur, aut aliter reuocabilẽ, per filiorum natiuitatem rescindi ac reuocari, ex beneficio *l. si vnquam, C. de reuoc. donat.* vt notabiliter resoluit Pinellus *in 1. part. rub. de bonis mater nu. 23.* vbi postquam obseruauit *num. 18. cum seq.* bonorum appellatione contineri emphyteutica bona, *vt trad. Cotta in memorabil. verbo bonorum, & videndus Simon de Praetis, in tract. de interpr. vltim. volunt. libr. 3. interpret. 1. solut. 2 fol. 7. nume. 1. cum seq. Socinus iunior libr. 4. consil. 7. num. 14. Crotus in l. si constante, ff. solut. matrimon. num. 25.* Vbi *num. 23.* subdit hæc bona emphyteutica contineri sub verbis *d. l. si vnquam*, quæ loquitur in donante bona sua, vel aliquam partem eorum, & consequenter in donante bona emphyteutica, quæ bonorum appellatione continentur. Vt probant ii, quorum meminit Tiraqell. *dict. leg. si vnquam. verbo. bona, num. 10. Aluarus Valascus de iure emphyteut. quæstio. 1. num. 22.* quamuis Tiraquell. *ibi in fin.* non ausus fuerit decidere, an illius *l. si vnquam.* dispositio, sit etiam in his bonis emphyteuticis obseruanda. Verum Pinellus plane suã restringit sententiam ad casum, quo vere hæc bona sunt donata, ab eo, qui postea liberos suscipit: quoniam eo tantum casu militant verba *d. l. si vnquam*, & eius ratio: non sic quando quis ea bona emphyteutica, magis a domino directo obtinuit, quam ab ipsomet emphyteuta nominante, seu renuntiante ius, quod habebat: quia in hac specie, magis ab ipso domino directo habere dicitur, ex his, quæ ipse traditurus erat, *in l. cum multa, C. de bonis quæ liber.* Carpit *ibidem num. 20.* Pinellus *in fi.* Tiraquellum, quod vtilissimam eam quæstionem imperfectam, & indecisam reliquerit. Ego sane multo magis insignis illius viri interpretationem reiiciendam censeo, qui cum agnouerit decisionis vtilitatem, tam negligenter eam tractauerit, vt vix intelligere possimus, quã opinionem fuerit amplexus. Inquit enim, tunc demum standum fore dispositioni *d. l. si vnquam*, quũ emphyteuta rem mihi emphyteuticam ita cessit, & donauit, vt ab eo accepisse visus fuerim, & ex vera traditione. Secus vero, si ego emphyteusin obtinui magis a domino directo, qui eam mihi de nouo cõcessit, aut ex alia caussa ad me emphyteusis peruenit, tunc maioris ponderis, & considerationis, quam renuntiatio, & voluntas ipsius emphyteutæ esse poterat. Credit vir doctissimus standum nõ fore dispositioni *d. l. si vnquam*, & consequenter nocere mihi, quod ille nouos susceperit liberos, non posse. Quæ traditio quam sit imperfecta, & diminuta, quispiam vel mediocriter eruditus non dubitabit, quoniam non declarat Pinellus *eo in loco*, quando possimus colligere, ex vera emphyteutæ donatione emphyteusin obtineri. Vt sic dispositio *l. si vnquam* locum habeat, præsertim si attendamus ad Iureconsulti responsum *in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de legat. 2.* cuius dispositio refragatur, emphyteusin ex vera emphyteutæ donatione obtineri posse, quoniam a domino concedente, non ab ipso emphyteuta, successorem eligente, *cap ab eo nominatus, seu electus.* Quare neque grauamen imponere potest, quia ab eo non capit nominatus, ex regula *l. ab eo. 9. C. de fideicommiss.* non etiam ex caussa ingratitudinis, semel a se abdicatam emphyteusin reuocat, vt plane docuimus *supra*, dum materiam *l. 3. §. fin. cum lege sequent. ff. de adim. legat.* ad casum reuocabilis nominationis restrinximus. Quamobrem vix sane stare potest, quod eo loco Pinellus ait, ex vera emphyteutæ donatione, posse quempiam emphyteusin habere, vt illi dispositio, *dict. leg. si vnquam.* congruat. Vlterius, quod etiam Pinellus ait, a domino magis, vel ex alia caussa, quam ab ipso emphyteuta posse emphyteusin obtineri, similiter mancum est, ac diminutũ, nec minus suspectũ si cõsideres, absq; emphyteutæ consensu & iuris emphyteutici renũtiatione

emphyteusin in quempiam alium transferri non posse: quare non video, quomodo fieri possit, quod magis a domino directo, aut alia caussa, eam rē possis consequi, cum obsistat regula, *ad quod nostrum, de regul. iur.*

2 Quocirca † ego iam dudum hanc quæstionem aliter enucleādam fore intelligebam. Existimo enim *d. l. si vnquam.* obseruandam fore, quoties emphyteuta quempiam nominauit, reuocabiliter. Nam cū huiusmodi nominatio, eiusque infirmitas, a sola & nuda voluntate emphyteutæ nominantis pendeat: & propterea propter inimicitias superuenientes reuocetur, atque etiam per eiusdem rei emphyteuticæ alienationē, vt supra resoluimus, necessario subsequitur per filiorum natiuitatem, multo magis eādem reuocari, atque infirmari. Quoniam *dict. leg. si vnquam*, beneficium, fortius donata rumpit, & infirmat, quam rei alienatio, quod patet, si consideres, *dict. leg. si vnquam*, donationem irreuocabilem, & omnino firmam reuocare, vt ex eius verbis palam deducitur. Quare multo magis, mortis caussa donationem reuocabit, vt in specie consuluit Paulus *consil. 434. dubio. 5 volum. 1. Corneus lib. 4. cons. 244. col. 3. versic. vt in simil. tradunt Tiraq. in d. l. si vnquam, n. 198. & ibidem Rip. q. 10. & Ruin. ... num. 1.* & consequenter nominationem emphyteuticam, de qua agimus, dummodo ea forma sit cōcepta, quod reuocari possit.

Sed contrarium defendi facili negotio potest, si consideres dispositionem, *d. l. si vnquam*, esse exorbitantem, a regulis iuris communis, vt ibidem explicat Tiraq. *verbo libertis. in principio* Qua ratione ad veram, & simplicem donationem inter viuos restringi debet, non ad mortis caussa donationem extendi, quæ vera donatio non est, vt habetur *in l. prima, ff. de donat. & in l. Senatus. §. sed mortis, ff. de donat. causs. mort.* Quo sane argumento vtitur pro hac parte Tiraq *d. verbo donatione. l. si vnquam, nu. 197.* Confirmans *num. 204. cum seq.* ex eo, quod, *l. si vnquam*, prouisio maxime fuit necessaria in donatione irreuocabili, ad quam infirmandā, nullum erat in iure nostro præscriptum remedium. Quare cessare debet, in donatione mortis caussa facta, ad cuius reuocationem iam erat pœnitentię concessum remediū *l. non omnis, ff. si cert. pet. et.* quemadmodum in simili minori negatur restitutio, aduersus mortis caussa factam donationem, quia illam libere potest reuocare. Vt Tiraquell. tradit *d. loc. verbo donatione ante num. 205.* & nos latius tractauimus *in nostro analytico commentario ad l. si curatorem habens. C. de in integr. rest. min.* qua ratione debet etiam cessare *dict. l. si vnquam.* remedium, seu beneficium. Vbi donanti alio est prouisum ordinario remedio, eodemque facillimo, siquidem in sola pœnitentia consistit, vt nominatim voluit Archidiaco. *in cap. quicunque. 17. quæst. 4.* restringens *d. l. si vnquam*, ad casum simplicis & irreuocabilis donationis, & expresse hoc voluit, & consuluit Bertrandus, *consil. 83. col. 2. vers. sed vbi teneremus. volum. 2.* Quibus adde, verba *dict. l. si vnquam*, huic materiæ adaptari non posse: siquidem volunt, donata ad donantem reuerti: quæ reuersio rei donatæ, proprie conuenit donationi inter viuos, non caussa mortis, aut legatis testamento relictis; quæ antequam moriatur, donans, seu legans, ab eius patrimonio, non videtur recessisse. Quare quia illis non conueniunt, dict. leg. verba, neque eius dispositio conuenire debet. Si maxime consideres, quod eo ipso, quod non reuocauit, vsque ad vltimum vitę spiritum, donans, seu legans, magis videtur, semel donata confirmasse, & in ea voluntate perstitisse. Et in specie sic arguit Tiraquell. *dict. verbo donatione. sub num. 205. & verbo, libertis, num 95.* inferens proinde, donationem inter virum & vxorem factam, filiorum natiuitate reuocari. *per d. l. si vnquam*, quæ fuit sententia Cornei *consil. 194. volum 3. Ripa. libr. 3. respons. cap. 2. colum. fin. & Alexand. cons. 162. libr. 6. col. 2. vers. item secundo*, quorum ad id meminit Tiraquellus *ibidem, num. 94.* cui adde eundem Ripam, *dict. leg. si vnquam, quæst. 48. num. 111.* Vbi tamen videtur in partem contrariam inclinare. Quæ late æquior sententia est, imo & receptior, vt plane colligitur ex eodem Ripa, *in dict. l. si vnquam. num. 41. cum seq quæst. 19.* resoluente secundum receptiorem scribentium sententiam, legata testamento relicta filiorum natiuitate reuocari, in quam rem plura allegat, quibus hæc verior, æquiorque sententia esse comprobatur, de qua etiam late agit Tiraquel *dict. l. si vnquam. verbo, donatione, num. 207. cum sequent.* & Curtius senior, *consil. 1. num. 10* secundum quam resolutionem, quæ optime donationi caussa mortis applicari potest, vt nominatim asseruit Ripa *d. l. si vnquā n. 19. q. 10.* asserens, in donatione caussa mortis obseruandum esse, quod in legatis reuocandis per eandem legem *si vnquam*, traditum est, necessario est resoluendum etiam nominationem, de qua agimus, per eādem legem. si vnquam, informari: quoniam, vt superius iam aduertimus, harum nominationum reuocatio ab ademtione legatorū, & mortis caussa donationis reuocatione, si modo ita fiant, vt reuocari valeant, regulanda est. Quamobrem quemadmodum secundum communem & æquiorem sententiam legata, & donationes caussa mortis factæ, per dictam *l. si vnquam*, infirmantur, & pro non factis habentur: ita etiam & nominationes istę emphyteuticæ infirmæ sunt censendæ, & protinus reuocatæ. Viget enim & in hac specie dict. leg. *si vnquam* ratio, & intentio nominantis, qui si agnouisset, aut cogitasset sibi liberos nascituros, haud nominasset quempiam extraneum ad emphyteusin, quam habebat, liberos magis, quam quempiam alium nominaturus.

Sed hæc † ad reuocabilem tantum pertinent nominationem. Irreuocabilis vero, & si dictæ leg *si* 3
vnquam, rationi, & dispositioni subiaceat, quia in donatione irreuocabili, & inter viuos facta, ea lex loquitur, nihilominus adaptari nostris nominationibus emphyteuticis nō potest, quoniam cum emphyteuta, de suo nihil prorsus conferat, donare, aut vllam liberalitatem exercere non dicitur, *leg. vnum ex familia, §. 1 ff. de legat. 2.* ibi: *Quid enim est, quod de suo videtur reliquisse, qui quod reliquit, omnino reddere debuit.* iuncto principio ibi, *perinde omnia seruabuntur, ac si nominatim ei, qui postea electus est primo testamento fideicommissum fuisset relictum, non enim facultas necessaria electionis propria liberalitatis beneficium est*, ex quo responso palam est, eum, cui res est concessa, cum facultate illam restituendi alii post mortem suam, iuxta concessionis formam, nihil de suo dare, quo liberalitatem exercuisse censeatur: quare electus a primo concedente, eodemque domino directo, magis, quam a nominante emphyteuta dicitur capere, facit tex. *in l. si arrogator, ff. de adoptio.* ibi

Non

Non oportet admitti fideicommissum, quia hoc non iudicio eius ad eum peruenit, sed principali prouidentia, text. etiam *in leg. rem legatam, ff. de adimend. legat. in fin.* & Paulus Iureconsultus *in leg. si seruo, 84. ff. de hered. instit.* Vbi quæstio fuit, *an seruus institutus heres ab eo, qui grauatus erat, illi libertatem dare, foret illi necessarius?* Et respondet Iureconsultus, necessarium non fieri, rationemque subdit, *Qui enim etiam inuito defuncto, poterat libertatem extorquere, si liber esse iussus, non magnum videtur beneficium a defuncto, consequi: imo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem.* Nominans enim nihil de suo præter nudum ministerium dicitur præstare, vt obseruauit Paulus, *dict. §. 1. dict. l. vnum*, & est communis scribentium resolutio, quæ nostris emphyteuticis nominationibus adoptata, concludit cessare, *dict. leg. si vnquam*, remedium, quando post factam huiusmodi nominationem emphyteuta filios prouocauit, quoniam de suo nihil præstitit, nec ab eo quicquam nominatus habet. Quare cessare debet, *d. l. si vnquam* dispositio, quæ in mera, veraque donatione loquitur, vt diximus.

4 Iuuat † textus singularis, *in leg. si sponsus, 5. §. si maritus, ff. de donation. inter virum & vxorem*. Vbi Vlpianus notabiliter, validam esse donationem a marito vxori factam, ab alieno procedentem patrimonio, & per quam mariti facultates non minuuntur: & proinde ait, validam esse mariti repudiationem hereditatis, vt illa vxori acquiratur, quia pauperior factus non est, qui etiam textus magis stringit in versiculo *si quis.* Vbi maritus fuit grauatus certa parte hereditatis retenta, ceteras partes hereditatis vxori restituere: Sed maritus nihil retento vniuersam vxori hereditatem restituit: respondet Iureconsultus magis videre maritum defuncti voluntatem adimplere, quam vxori donare. Audi igitur Iureconsultum: *Si quis rogatus sit percepta certa quantitate, vxori suæ hereditatem restituere, & is sine deductione restituerit, Celsus libro decimo Digestorum scribit magis pleniore officio præstandæ fidei functum maritum, quam donasse videri, & rectam rationem huic sententiæ Celsus adiecit, quod plerique magis fidem exsequuntur, in hoc casu, quam donationem, nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti secuti. Nec immerito. Sæpe enim credimus, aliquid defunctum voluisse, & tamen non rogasse*, & paulo inferius subdit: *Vbicunque igitur non deminuit de facultatibus suis, qui donauit, vel etiamsi deminuit, locupletior tamen non fit, qui accepit, donatio valet.* Ergo in proposita quæstione iure optimo defendi potest, quod cum nominans ad emphyteusin, nihil de suo conferre & consequenter donationem non facere censeatur, quia a domino nominatus, non ab eo capit: Et propterea huiusmodi nominationem emphyteuticam, *per leg. si vnquam*, reuocari non posse, quoniam illa lex in vera donatione tantum procedit, per quam donantis patrimonium, & filiorum legitima minuitur, quod non contingit in emphyteutica nominatione. Qua ratione aliquando in praxi respondimus nihil obesse, quominus maritus possit ad emphyteusin vxorem nominare, si nominandi potestatem habet, secundam, vel tertiam personã, quod arbitramur per locũ ab speciali probare legem Regiam, *libr. 4. titul. 105.* quatenus specialiter negat quinquagenariæ mulieri, posse maritum ad emphyteusin nominare: concedens contrarium regulariter fore obseruandum, si minoris ætatis, vel iunior sit, aut orbata filiis existat, & hoc iure vtimur. Ex quibus resoluendum est, has nominationes emphyteuticas irreuocabiliter factas, *per d. l. si vnquam*, minime reuocari, quod summe notabile est in praxi.

Hanc † sententiam aliquando restringẽdam fore 5 censebam, qñ emphyteusis fuit cõcessa in fauorem filiorum, vt passim in hoc regno cõcedi consueuit, sub hac forma: *Para vos N. & para vossa molher, & hum filho ou filha dantre ambos, que o derradeyro de nos nomear, ate hora de sua morte, & nao auendo filho, nem filha, a huma outra pessoa, &c.* in qua specie nata sobole reuocari nominatio etiã irreuocabilis potest. Cum enim iuxta formam concessionis, exstantibus filiis, extraneus nominari nequeat (quia primo loco sunt vocati, exclusis extraneis ex forma concessionis, *nam auendo filho, nem filha. &c.* & infra dicemus) ob id per natiuitatem filiorum, in quorum fauorem emphyteusis concessa est, propter resistentiam voluntatis concedentis, qui tunc demum extraneum nominari posse voluit, quando nullus, tempore quo emphyteuta decesserit, adfuisset, necessario nominatio infirmari debet (quod suadent illa verba, *ate hora morte*) etiamsi concessio, nominandi potestatem ad tempus mortis non dirigat, & referat, imo concedat, in vita, & semel tantum posse fieri, *vt infra §. 1.* Eo enim ipso, quod dominus directus negauit posse extraneum nominari, exstantibus filiis, tacite voluisse ac statuisse videtur, tempus mortis, quo emphyteuta filios, nec habeat, nec habere possit, exspectandum fore, & proinde quandocunque nominatio fiat, quasi tacitam conditionem contineat, nisi filii nascantur, eorum natiuitate resolui debet, & penitus infirmari.

Verum, quia † diximus exspectandum fore tempus, quo omnis suscipiendæ sobolis, spes cesset, intelliget lector optimus sufficere, coniuges in ea ætate esse constitutos, quibus fuerit emphyteusis concessa, in qua ad generandum, iam habiles non essent: veluti si fœmina quinquaginta annos sit nata, quæ tunc concipere non potest, *vt tradit Parisius, consil. 29. num. 19. & a numer. 25. vol. 2. Tiraquell. in leg. 6. connubiali, num. 47. Sylua nuptialis, libr. 2. num. 17.* & si aliquando contrarium contingat, vt de imperatrice Neapolitana refert Garibay *in sua Chronica Regũ Aragoniæ, libr. 32. cap. 8. col. pen. post med.* idque miraculose contigit beatæ Elisabet, vt habetur Lucæ, *cap. 1.* Quę tamen resolutio ambigua videtur: quoniam, vt paulo infra ostendere conabor, prædicta concessionis forma non semper submouet filios secundi matrimonii: Quapropter quo casu illi ad emphyteusin sunt vocati, minime sufficit ad extranei validam & firmam omnino nominationem, quod vxor quinquagenaria sit, siquidem ex alio matrimonio susceptus filius, emphyteusin petere non minus, quam si ex primo, natus fuisset, potest. 6

Quod autẽ Pinellus ait, cessare huiusmodi reuocationem, quoties contingeret ex dominica con-

cessione, aut alia potentiore caussa emphyteusin ad me peruenisse, ex concessu, & cessione emphyteutæ sobolem postea suscipientis: ego aliquando in praxi respondi procedere, & admitti posse, quando emphyteuta vere & realiter emphyteusin, de qua agitur, non obtinebat, neque possidebat, sperabat tamen, se ius ad eam in futurum poss. habere: aut etiam de præsenti illud prætendebat: quo casu si ego ex dominica concessione rem obtinui, aut a poss. sore comparaui, & vt prorsus futuras lites euitarem, dicti emphyteutæ ius, aliquod de præsenti, vel in futurum, prætendentis adhiberi, & adiungi curaui: sane quia caussa principalis acquisitionis meæ, non fuit eius consensus, & renunciatio, imo dominica concessio, seu comparatio, cessare debet reuocatio, ex dispositione, *dict. l. si vnquam, C. de reuocand. dona.* vbi Tiraquell. verbo, *donatione, num. 278. cum sequen.* vtiliter resoluit, eam legẽ non procedere, in eo, qui dumtaxat donanti consensum præstitit. Sed ad alia progrediamur.

7 Sæpius † in praxi agitatum vidimus, *an emphyteutam, qui ex forma huius legis Regia nominationem reuocauit, fructus quoque vendicare possit? Vel finge, emphyteutam me simpliciter nominasse, & sic reuocauisse, remque ipsam tradidisse, deinde post plures annos, pœnitentia ductum nominationem reuocasse, reuocatur in dubium, an res ipsa emphyteuta vindicante cum fructibus restituenda sit?* Et hanc quæstionem sine dubio decidere videtur Paulus Iureconsultus, *in l. cum quis, 12. ff. de cond. causs. dat. causs. non secuta.* Vbi docuit iuri consentaneum esse, donationem caussa mortis, reuocari cum fructibus & accessionibus interim perceptis a tempore donationis factæ, si a nominante reuocetur, ibi: *Cum quis mortis caussa donationem fecisset, cum conualuisset donator, condicit fructus quoque donatarum rerum, & partus, & quod accreuit rei donatæ, repetere potest*, in quo ille casus est notabilis, secundum Doctores ibi, & Cremensem *singul. 15. Palatius Rubeus in rubric. de donatio. inter vir. um, & vxorem, §. 72. Burgens. in cap. ad nostram, de emtion. & venditio. num. 34. & Exam. de pactis num. 122. Ioann. Copum, in tractat. de fructibus, cap. 6. Pinell. in leg. 2. C. de rescind. vendit. fol. 108. num. 11. Segura in repetitio. fol. 81. colum. 4. in fine cum sequent.* qui firmat, huiusmodi donationem caussa mortis factam, tacitam quandam habere conditionem, si donans moriatur, aut donatio ab eo non reuocetur, qua deficiente conditione donatarius fructus suos facere non potest, vt etiam trauit Copus *dict. libr. de fructibus, capit. 10.* quamuis incaute Ripa *in leg. 2. numer. .. ff. de legat. 1.* firmare non dubitauerit, minorem mortis caussa donare non posse: quia & si rem ipsam per pœnitentiam possit vindicare, fructus tamen interim, a donatario perceptos, vt ille credit, repetere non potest. Quocirca ne sibi circa rei donatæ fructus noceat, neganda, inquit, est illi mortis caussa donandi potestas. In quo sane non bene videtur, nec attente locutus. Obstat enim dispositio, *dict. l. cum quis 12. ff. de conditio causs. dat.* contra quem text. leg. & contra leg. *videamus, 38. versic. item ff. de vsur.* ille existimauit, minorem reuocantem mortis caussa factam donationem, fructus perceptos, non vindicare. Vbi Paulus Iureconsultus, ita subdit, *Item si indebitum fundum solui repeto, fructus quoque repetere debeo: idemque si mortis caussa fundus sit donatus, & reconualuerit, qui donauit.* Quare summa cum ratione a Ripæ doctrina *dict. num. 10.* recedendum est. Nam tum prædicta Iureconsultorum responsa oppugnat, tum etiam communẽ nostrorum interpretum sententiam euertit, qui per dicta iura resoluunt, reuocantem donationem caussa mortis etiam fructus interim perceptos vindicare: vt est videre per omnes, *dict. l. cum quis, ff. de cond. causs. dat. gloss. Bart. & alii, in l. si mortis caussa ff. de donatio. causs. mort. Bald. Aret. Carol.* & alii quorum auctoritate aduersus Ripam nititur Riminald. *in princ. Inst. de donatio. nu. 601. & late Tiraquell. in l. si vnquam, verbo reuertatur, num. 220.* tradit sibi contrarius Ripa *in l. fin. C. de reuoc. donatio. num. 221. Rolandin. de donatio. causs. mortis, num. 16. Carolus, in consuet. Paris. §. 30 nu. 31.* Et est in promtu ratio, quia per donationem, nõ dicitur acquisitus donatario titulus perfectus, & consummatus, quo possit bonam fidem habere, & fructus suos facere. Semper enim ille a principio donationis factæ, fuit in pendenti conditioni, & imbecillitati reuocationis obnoxius, sub qua donatio celebrata censetur. Quamobrem eodem argumento & ratione idem necessario resoluendum videtur in proposita quæstione, vt reuocata emphyteusis nominatione a nominante, etiam cũ fructibus reuocatio facta censeatur: quoniam quoad reuocationem hæ emphyteuticæ nominationes factæ cum relatione ad tempus mortis, donationi caussa mortis & legato comparantur. Quemadmodum igitur *per supra scripta.* resoluendum est donãtem fructus vindicare: ita etiam fatendum est, eosdẽ reuocaturum emphyteutam, nominationem reuocantem.

Quod † etiam ex legati comparatione euidentius apparet, si consideres testatorem, qui rem legatam reuocauit, legatario in vita traditam, etiam fructus auocare, vt notabiliter resoluit Cremensis, *singul. 15.* & Tiraquell. *in l. si vnquam, verbo. reuertatur, numer. 226.* Concordat Menoch *libr. quæst. Illustrium, cap. 38. num. 5.* licet repugnet Segura *ibidem* citatus, atque etiam Baldus, cuius meminit Cremensis additio, *dict. singul. 15.* qui non videntur agnouisse legatum a defuncto, in vita solutum assumere naturam donationis caussa mortis. Vt obseruauit Baldus *in leg. 1. colum. pen. in princip. si quis omissa causs. testament.* quem sequitur Iason, *in leg. eam quam, C. de fideicommiss. num. 20. ante versic. septimus casus.* Quocirca ad instar & similitudinem donationis caussa mortis debet eum fructibus legati reuocatió concedi. Vt etiam resoluit Cotta, *verbo constitutum, in fi. & verbo, legatum,* asserens semel ita in facto Mediolani obtinuisse. 8

Nec † hoc mirum est, si consideres, generale esse apud nostros auctores, vt repetenti regulariter cum fructibus res restituenda sit; quod omnibus casibus congruit, in quibus res alicui tradita est, & concessa ex titulo suapte natura reuocabili, *vt in dict. leg. cum quis, ff. de condictio. causs. dat.* Doctores obseruant, & ex plurium legum auctoritate Tiraquell. *dict. l. si vnquam, verbo. reuertatur, numer. 226.* exemplum ponitur in pacto addictionis in diem, de quo in *leg. Imperator, ff. de in diem addiction.* Vbi res vendita, cum pacto, quod infra certum diem sit inempta, si quispiam alius maius pretium offerat adueniente conditione, illa cum fructibus

restituitur

restituitur, quod etiam probatur *in leg. fin. ff. de iure fisc.* Quod idem in pacto legis commissoriæ obtinet, cum res scilicet eo pacto venditur, quod pretiũ infra certum tempus soluatur, aliter res sit inemta. Quo etiam casu lapso tempore præscripto, si pretium non soluatur, res cum fructibus vendicatur, tradit Ioannes Coppus *in tractat. de fructibus cap. 11. & sequent. Pinellus in leg. 2. C. de rescind. vend. 2. part. cap. 4. numer. 9. Boerius quæst. 98. num. 9. Menchaca lib. quæst. forens. cap. 49. in princip. Couarr. libr. 3. resolut. cap. 9. colum. 2.* & est bonus casus *in leg. 5. ff. de lege commiss.* In his enim & similib. exemplis, in quibus res fuit tradita alicui ex titulo reuocabili, fructus cum re ipsa sunt restituendi, quasi ab ipso initio titulus resoluatur. *vt in l. 1. & per tot. ff. de lege commiss. & in l. commissoriæ, C. de pact. inter emtorem. Gomezius de emtio. & venditio. num 30.* & fuit sententia Cyni *in leg. 3. C. de pact. inter emtor. & vendit. Coras. in Miscellan. lib. 3. cap. 8. num. 5 & 6.* & est text. *in l. videamus, 21. ff. de vsur. §. in Fabiana.* ibi: *Vt perinde sint omnia, ac si nihil alienatum esset.* Quo argumento idem est necessario respondendum, in casu leg. *filio, §. fin. ff. de inoffi. testament.* Vbi similiter filio inofficiosi querela agenti aduersus patris testamentum, hereditas cum fructibus restituitur, quia scilicet, querela rescindit a principio, quasi non conditum fuisset testamentum, *leg. cum quis, § fin. eodem titul.* tradit Pinellus *in dict. leg. 2. C. de rescind. vend fol. 108. numer. 10.* cui adde Parisium *in cap. 1. de præscriptio num. 1.* Sic etiam procedit text. *in l. cum autem. §. sed cum redhiberetur, ff. de adilit. edicto.* Vbi similiter res cum fructibus restituitur, concordat text. *in l. quod si nolit, §. fin. eodem titul. Copus libr. de fructibus, cap. 14. Boerius quæst. 98. num. 7.* & sequitur Pinellus *in l. 2. C. de rescin. vendit. ca. 4. in 2. part. num. 3. fol. 107. in princip. & Corr. in Miscellaneis, lib. 3. cap. 8.* Quibus sane argumentis & similibus ad nominationes nostras emphyteuticas accommodatis, resoluendum est, reuocata ab emphyteuta nominatione, rem ipsam cum fructibus illi restituendam fore, quemadmodum in casibus suprascriptis cõtingit, præsertim in donatione caussa mortis & legato, reuocato, quod sine dubio, etiam cum fructibus restituendum est, *vt supra diximus.*

11 Nec † obstat glossa illa notabilis, & communiter recepta, *in l generaliter, §. proinde, verbo. ex caussa, ff. de fideicommiss. liber.* quæ probat, possessorem ex titulo inter viuos fructus suos irreuocabiliter facere: licet ille titulus possit aliquo modo reuocari, & reduci ad non titulum, firmat communem Iason, *in l. cum quis, ff. de condit. caussa data*, quam legem cum *l. cum. lic. cit.* concordat Segura, *in l. 1. §. si vir vxori ff. de acq. possess fol. 79. Tiraquell. dict. l. si vnquam, verbo. reuertatur, num 228. Cotta verbo. legatum. Boerius quæstio. 98. num. 6. Menchaca libr. quæst. illustr. cap. 38. numer. 2. Gomez. de emtio. & venditio. num. 24. & in titulo de donatio. numer. 21.* resoluens, proinde venditorem ex remedio, *l. 2. C. de rescind. vendit.* rescindentem venditionem, fructus rei interim ab emtore perceptos, petere non posse. Cuius fuit etiam sententiæ Colla, *in leg. gallus, §. & quid si tantum*, plures referens, *fol. 31. num. 72. cum sequent. & Couarr. lib. 2. resol. cap. 3. numer. 9. Pinellus dict. l. 2. part. 2. cap. 4. in princip. fol. 106. & ibi etiam Menesius numer. 50. Menchaca, libr. quæst. forens. cap. 71. colum. 2. cum sequent.* Non obest inquam hæc glossa *in dict. § proinde*, licet communiter recepta sit, quoniam loquitur in titulo inter viuos suapte natura irreuocabili, quẽ præstare fructuum acquisitionem, & si contingat aliquãdo reuocari, præfati interpretes docent, contrarium intelligentes fore resoluendum, in titulo reuocabili, de quo agimus, vt aduertunt Tiraquellus, & Cotta proxime relati.

Verum † etiam doctrinam manifeste oppugnare ac confundere videtur, notabile Iureconsulti responsum, *in leg. de fructibus 17 ff. de donatio. inter virum & vxorem.* Vbi maritus vxori rem donauit, & sic titulo suapte natura reuocabili rem dedit, *vt in illo titul. & in l. Papinianus, ff. eod.* vbi scriptum est, huiusmodi donationem in vita donantis non reuocatam morte confirmari, si ad traditionem processerit donans, & ibi notant glossa ordinaria Bart. & Doctores, communiter, & in *leg. cum hic status eodem titul.* tradit Gomezius *secundo tomo cap. 4. de donatio. sub num. 23. vers. aduertendum*, & nihilominus Iureconsultus respondet vxorem fructus suos facere, ibi, *Videamus si ex fructibus prædiorum, quæ donata sunt, locupletata sit, an in caussam donationis cadant. & Iulianus scribit, fructus quoque vt vsuras licitam habere donationem.* Quare Iason hanc difficultatem introspiciens *in dict. leg. cum quis, ff. de condit. causs. dat.* respondet, constituendam esse differentiam, inter titulum reuocabilem facto hominis, & legis, & proinde titulum reuocabilem ex facto hominis fructuum acquisitionem minime præstare: Et sic procedere text. *in dict. leg. cum quis*, vbi ex facto hominis, qui voluit variare vsque ad mortem, & non inter viuos, sed mortis caussa donauit. fructus etiam cum re a donatario reuocat, ac repetit, *vt dict. leg. cum quis.* Quo argumento & ratione procedit, quod supra diximus de legatario, cui a defuncto res fuit tradita: de eo etiam, qui emit sub pacto legis commissoriæ vel adiectionis in diem, quos omnes rem teneri cum fructibus restituere, resoluimus. Verum vbi titulus reuocabilis est, ex facto legis illum improbantis, & vsque ad mortem suspendentis, contrarium intellexit Iason fore resoluendum; & sic procedere textum, *in dict. leg. de fructibus*, quæ loquitur in donatione a viro in vxorem collata, ex legis auctoritate improbata, *vt in l. 1. & 2. eod. tit.* vel saltem vsque ad tempus mortis suspensa, *vt in d. l. Papinianus.* Quo casu, quia mitius agitur, cum lege, quam cum homine, fructus interim perceptos suos donatarius facit. Quæ traditio in nominationibus nostris probat vtique, nominantem, qui reuocabiliter nominauit, per pœnitentiam, rem ipsam cum fructibus repetere posse. Siquidem reuocabilitas tituli a facto hominis pẽdet non legis, quemadmodũ pendet donationis caussa mortis, legati, & similium. Quæ vtilis profecto est obseruatio, per quam omnis cessat difficultas.

Nam † quod glossa, *dict. leg. de fructibus*, ait, ex eo in casu illius responsi concedi vxori fructus, quia bonæ fidei fiat possessor, intelligens donationem valuisse, nec a marito reuocari potuisse, omnino non satisfacit: quamuis non me latet, in ea doctrina glossæ sententiam cõmuni scribẽtium calculo receptam esse. Vt aduertit Salycetus *ibidem*, & Dd communiter *in l. quod vxor. ff. de acqu.* 12

possess. *Imola in cap. si quis presbyterorum, num. 30. de rebus Ecclesiæ, Aretinus & alij*, ex quorum auctoritate hanc esse communem traditionem firmat Pinellus *in l. 2. C. de rescind. vend. in 2. part. cap. 4. num. 49.* concordat multo plures referens Menchaca, *lib. qq. forens. cap. 70. num. 11.* & ante illos Segura *in l. 1. §. si vir vxori. ff. de acquiren. possessio. fol. 82. col. 1.* Quam sane bonam fidem, quam prætendere ex iuris errore vxor potest (dum arbitratur iure vetitam non esse sibi a marito factam donationem) prætendere non potest caussa mortis donatarius. Legatarius etiã, cui in vita fuit a defuncto res legata tradita: non item emtor cum pacto *legis commissoriæ*, vel adiectionis in diem, de quibus supra: non etiam, qui indebiti solutum recepit, aut emphyteusin ex nominatione reuocabili fuit adeptus, quorum titulus reuocabilis malam fidem manifeste arguit, omnemq; bonæ fidei allegationem excludit. Quamobrem, *in d. l. cum quis, & in d. l. videamus 39. §. item, ff. de vsuris, & in l. in summa, §. et quis, ff. de cond. indeb.* reuocato donationis caussa mortis titulo, re ve per conditionem indebiti euicta, etiam fructus euincuntur, quia nullam ex tali titulo possidens bonam fidem potest prætendere.

13 Quæ † sane etsi communis resolutio sit, mihi tamẽ nequaquam placere potest. Animaduerto enim nulla ex parte *d. l. ex fructibus, 18. ff. de donatio. inter vir. & vxor.* colligi posse, Iurecõsultum, bonam aut malam fidem cõsiderasse: imo indifferenter ex sola natura, tituli donationis inter virũ & vxorẽ, respõdisse, fructus suos fecisse, vxorem donatariã. Cõtrariũ vero *in d. l. cum quis, cum similibus.* Quod mihi verum esse videtur, cum intueor communem eam glossæ traditionem, & Doctorũ peritissimo Cõnano displicuisse, *libr. 8. comment. iur. ciuil. cap. 1.* item Pinello *d. cap. 4. l. 2. C. de rescind. vend. num. 50. par. 2. fol. 117.* & Menchacæ *libr. quæst. forensium, c. 70. num. 11. cum seq.* qui sibi, anterioribus tacitis auctoribus, hanc rem tribuere videtur, inter quos, vt Pinellus ait, Fulgos. *in l. ex annuo, ff. de donatio. inter virum.* melius locutus est, & ante omnes primus, hanc agnouit veritatem, literam *d. l.* vt decebat expendens, quæ sic se habet: *De fructibus quoq; videamus. Si ex fructibus prædiorũ, quæ donata sunt, locupletata sit, an in caussam donationis cadant. & Iulianus scribit fructus quoq; vt vsuras licitã habere donationem. Sed si quid seruus donatus, acquisiuit, ad eum, qui donauit pertinebit.* In quo sane Iureconsulti responso, bonæ aut malę fidei mentio nulla facta reperitur: imo magis natura tituli & donationis considerata, constat, Iureconsultum de illis tantum fructibus meminisse, quibus vxor locupletata reperitur, intelligens, tituli naturam magis, quã bonam, aut malam fidem considerandam esse. Certi enim iuris est, eam tantum donationem inter virum & vxorem improbari, per quam donãs fit pauperior & donatarius locupletior, *vt in l. 1. ff. illo titul.* ibi: *Hoc autem receptum est, ne mutuo amore inuicem spoliarentur, donationibus, &c. & in l. 3. in fin.* ibi: *ne vel melior in paupertatem incideret, & deterior ditior fieret,* rursus & *in l. si sponsus. 5. vers. concessa donatio.* ibi: *Hoc autem in eo vetat, quod definire solet, eam demum donationem impediri solere, quæ & donantem pauperiorem, & accipientem facit locupletiorem.* Cõueniunt simillima Marcelli verba *in l. si mulier. 6. eod. tit.* ibi: *Et ait valere, nec videri locupletiorem mulierem factam*, quibus in locis tituli ea consideratio præsertim fit, an donans fiat pauperior, & donatarius locupletior, tanquam hæc sit basis, & scopus, in quem iuris ratio dirigitur. Quod latius plura iura percurrens & Iureconsultorum responsa, a prædicta ratione pendentia, prosequitur Conanus *lib. 8. commentar. iuris ciuilis, cap. 11.* quam etiam respiciens Vlpianus, *d. l. de fructibus*, omni postposita bonæ aut malæ fidei consideratione, præsupponens in tam plano iuris præcepto, & vulgari, bonam non posse dari fidem, respõdet, fructus, licitam, vt vsuras, habere donationem. Quæ verba Fulgosius, *vbi supra*, perpendẽs, ait, fructus ex natura donationis, vxorem donatariam, nõ ex bona fide fecisse suos, quia scilicet per eorum acquisitionem, nec ipsa ditior, nec maritus pauperior factus est: quo casu licita est, non reprobata inter virum & vxorem, donatio, *per iura supra citata.* Verum vt hoc subtiliter Vlpianus significaret, per adiectionem *vsurarum*, vtiliter admodum se restrinxit ad fructus industriales, quos duntaxat, vxorem suos facere voluit, non alios; illos enim industriales fructus vxor magis ex re propria & industria, quam ex mariti bonis consequi videtur: Quocirca pauperior dici maritus neq; t, vt nominatim explicat Menchaca, *libr. qq. forensium. cap. 70. post num. 11.* & est bonus text. *in l. fructus, 45. ff. de vsuris*, vbi Pomponius Iureconsultus in hæc verba, *Fructus percipiendo vxor, vel vir ex re donata, suos facit, illos tamen quos suis operis acquisierit, veluti serendo. Nam si pomum decerpserit, vel ex sylua ceciderit, non fit eius, sicuti nec cuius libet, bonæ fidei possessoris: quia non ex facto eius is fructus nascitur.* Ad quod alludens Vlpianus *in d. l. fructibus*, vxori vsuras, & illis similes tantum fructus concedit, hoc est, industriales, quibus carens maritus, non est factus pauperior. Qui sensus & restrictio ad fructus industriales fuit glossæ, ibi communiter receptæ, *teste Pinello d. cap. 4. num. 49. & in l. 2. C. de rescind. vendit. 2. part.* Et est vera traditio, si consideres, non abs re ibi Iureconsultum, illos fructus, quos vxori concedit, ac indulget, vsuris comparare. Quod eo fecisse dicendum est, vt significaret, non alios fructus, quam vsuris similes se vxori concedere: & sic quos illa, ex industria, nõ ex re mariti habuisset. Facit Vlpiani responsum, *in l. ex annuo. 16. ff. de donatio. inter virum & vxorem, in §. 1.* ibi: *Si maritus vxori donauerit pecuniam, eaq; vsuras ex pecunia donata perceperit, lucrabitur.* Ecce qualiter Iureconsultus, quæsitum per vsurariã exactionem; quasi extra rem mariti proueniens, & ab industria vxoris procedens, illi, non marito concedendum est. Qua ratione Iureconsulti responsum, *in d. l. de fructibus*, necessario debet ad eos fructus restringi, industriales, qui vsuris cõparari possunt, nõ ad alios extẽdi. Etenim certi iuris est, huiusmodi obuentiones vsurarias, adeo industriales, & extra rem esse, vt firmæ, & stabiles permaneant penes eum, qui eas extorsit: quamuis is fur sit, & pecuniarum, ex quarũ mutuo, vsuras exegit, malæ fidei possessor, vt est text. clarus *in l. si ex ea, C. de rei vendic.* vbi depositarius vsus fuit re deposita, & consequenter furtum commisit, *vt not. in l. 3. C. deposit.* & nihilominus pecuniarum depositarũ dominus, ex illis rem comparatam non vindicat: ergo nec vsuras inde exactas, vindicabit, vt in specie resoluit. D. Thomas, *2. 2. q. 78. art. 3. Gabr. & alij in 4. distinct. 15. quæst. 2. Sotus libr. 6. de iustitia & iure, quæst. 1. artic. 4.* Concordant ex nostris Ancharan. *in c. peccatum, columna secunda, de reg. iur. in sexto. Ioan. And.*

& Lappus

& Lappus, & Dominus in c. quamquam, in princ. & ibi Franc. col. 2. de vsuris, lib. 6. Laurent. lib. de vsur. q. 44. Panorm. in c. fin. in fi. de vsur. Angel. in summa, verbo. Vsura. in 1. §. 55. quibus adstipulatur lex *1. C. si quis alteri vel sibi*, vt resoluunt Dd. rem quæsitam ex pecunia mea, etiam mala fide possessam, neque esse meã, nec mihi restituendam. Concordat bonus text. *in l. quamuis ex ea, C. de pign. & in l. si patronus C. commun. vtriusque iudicii, Corneus, lib 3. cons. 152. nu. 2.* Conuenit etiam quod habetur *in l. cum duob. §. cum erant, ff. pro socio*, vbi prædicta, *l. 1. C. si quis alteri vel sibi*, declaratur procedere, non solum in extraneo, sed etiã in socio, dummodo illa extra caussam societatis acquirat, *notant omnes in d. l. si patronus. tradit Petr. de Peruzio. libr. de societate. 5. part. q. 1. additio. Alex. cons. 46. num. 11. vol. 1.*

14 Caue tamen, quia † Bald. *in l. 1. q. 10. C. pro socio*, cõtrarium plane probat, asserens, negotiantẽ, qui plurimum ex vsuris comparauit, nõ modo teneri ipsis vsuras restituere, verum etiam omne aliud ex illis comparatum, ne ex alieno fiat locupletior. Adducit optimum tex. *in l. quis fine, ff. de negotiis gestis, sequitur Dec. in l. certi condictio. §. fin. nu. 3. ff. si cert. petat.* qui nõ aduertit eam legẽ loqui & procedere, in eo, qui meus erat negotiorum gestor, & qui propterea mihi, & non sibi negotiari tenebatur: Quocirca quicquid ex pecunia mea acquisiuit, restituere mihi tenetur, *l. idemq; §. si procurator, ff. mandati*, vbi Vlpian. *Si procurator*, inquit, *meus pecuniam meam habeat, ex mora vtiq; vsuras mihi depẽdet. sed & si pecuniam meam fœnori dedit, vsurasq; consecutus est: consequẽter dicemus, debere eum præstare, quantumcunq; emolumentum sensit. siue ei mandaui, siue non, quia bona fides congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Quod si nõ exercuit pecuniam, sed ad vsus suos conuertit, in vsuras conuenietur, quæ legitimo modo in regionib. frequentantur. Denique Papinian. ait, etiam si vsuras exegerit procurator, & in vsus suos cõuerterit, vsuras eũ præstare debere.* Qua ratione, & socius si quid acqrit ex caussa societatis, restituere, & communicare societati tenetur, *l. si quis societatem, ff. pro socio.* Quod est secus in vsurario, qui quãuis vsuras extortas teneatur restituere, non tñ alii, q̃ sibi, tenetur negotiari, & proinde quicquid parauit, sibi non alii acquirit: & consequenter mihi, a quo extorsit centum per vsuram, nõ tenetur nisi eadem centum restituere, licet negotiando cum illis mille parauerit. Recte igitur in casu, *d. l. de fructib.* ICtus marito repetenti rem donatam vxori, negat, per vsuram acquisita, atq; fructus industriales, quos vsuris comparari ibi IC probat: Nostri auctores communi suffragio asseuerãt. Denique vt Fulgosii sensus, necessarius sit, nec vllo modo vitiari possit, vtiliter quidem obseruauit Pinell. *in d. l. 2. c. 4. 2. part. de rescind. vend. n. 50. vers. & hac opini.* cõmunem sententiam subsistere nullo modo posse, in casu cõtrario, si vxor marito donauit: is n. nullam põt ex probabili iuria errore bonã fidem prætendere, iuxta ea quæ traduntur, per Bart. & Ang. *in l. sed si lege, §. scire, ff. de petit. hered. Bald. in c. cum super. n. 5. de caussa possess. & propriet.* Qua ratione vel communis sensus reiciẽdus est, vel necessario dicendum, illum text. nõ procedere, quando vxor marito rem donauit. Quod perquam durum censeo.

Vnde cauendum necessario est a Palatii doctrina *in rub. §. 72. in fi.* resoluẽtis, fructus naturales perceptos a viro, donatario restituendos fore, non solũ quando donatrix vxor viua aut moriens donationem reuocauit, verum etiam si tacenaillam morte confirmauit. Quæ sane resolutio vera non est, neq; defendi potest. Obstat enim dispositio, *l. cum hic status. ff. de donatio. inter virum & vxorem, & in l. donationes, quas parentes, in fin. C. eod. tit.* quibus probatur, huiusmodi donationes morte confirmari, retroq; trahi respectu fructuum acquirendorum: vt elegãter contra Palatium admonuit obseruandum Pinel. *dict. cap. 4. num. 51. in leg. 2. C. de rescind. vendit. 2. part. folio 118.*

Verum † quia supra diximus, nominationẽ emphyteuticam, de qua agimus, etiam legato comparari, & ab eo regulandam fore, ac proinde subsecuta reuocatione, nominatum fructus restituere teneri, quemadmodum & legatarius, a quo testator legatum reuocans etiam fructus perceptos auocat, ex Cremensis sententia *singul. 15.* pro huius materię interpretatione aduertendum censeo, ex iuris dispositione, fructus rei legatæ productos, viuo testatore, ad legatarium minime pertinere, *l. quæsitum 93. §. pen. ff. de leg. 1. tradit Gomezius 1. tomo, c. 12. n. 5.* Cuius sententiæ est in promtu ratio, si consideres, legatum suapte natura, post mortem conferri. *c. cum Marta, de celeb. missar.* dicitur n. donatio quædam, a defuncto relicta, & post mortem ab herede præstanda. *l. legatum. ff. de legat. 2. & ibi gl. Bart. & Dd. communiter, præsertim Peralta. pag. 501. Dd. etiam in l. legatum, ff. de legat. 1. Menchaca de success. creatio. §. 17. num 111.* Qua ratione fructus in vita testatoris collecti, ad legatarium pertinere non possunt. Et si, vt ego intelligo, legata sit res, cum suis commodis, seu fructib⁹: nam cum legatum dicatur factum cum relatione ad tẽpus mortis ab herede præstandũ, necessario consequitur, ab eo tẽpore legatariũ cõmoda seu fructus dumtaxat obtenturũ: licet cõtradicat glo. notabilis *verbo commodis. in l. Luc. 22. ff. de leg. 2.* q̃ sequuntur ibi Bart. & Bald. & firmat admirabilẽ Paul. *n. 2.* Peralta, *n. 37.* Cui sententiæ accedere nunquam potui. Defenderẽ tamen glossæ opinionem, respectu fructuum productorum a tempore mortis testatoris, vsq; ad aditã hereditatẽ: quos ad heredem, nõ ad legatarium pertinere probat IC. *in l. si tibi 88. ff. de legat. 1. in §. cum seruus*, & voluit gl. notabilis, & cõmuniter recepta, *in l. Herennius 42. de vsuris.* tradit Menchaca *lib. de success. creatio. §. 17. n. 125. cum seq.* Quam sane restringerem, nisi res cum suis commodis, seu fructib fuerit legata: quo casu vt illa verba aliquid operentur, fructus legatario adiudicãdos censerẽ, vt notabiliter explicat Alex. *d. §. cum seruus, ad fi.* & Ioan. Dilectus *de arte testandi, tit. 6. cautela, 11.* licet aliter loquatur Gomezius, *1. tomo, c. 12. n. 5.*

Ex quibus † *si contingat, testatorem in vita rẽ legatã legatario tradere, an donãdi animo fecisse dicatur*, quæstio est. a ICto sane decisa, *in l. Lucius, 22. ff. de legat. 2.* vbi testator mihi militiam legauit, siue pretiũ, quod ex eius venditione posset redigi. Deinde ille militiã mille aureis vendidit, quos viuus mihi statim tradidit: eoque postea defuncto ego militiæ pretium ab herede petere non dubitaui, asserens illos mille aureos in vita testatoris mihi traditos, donatos magis inter viuos fuisse, quam legatum persoluendi animo, & intentione. Respondet IC. *existimo pretium militiæ præstari non oportere, nisi legatarius ostenderit, testatorem, & post factam solutionem, iterum cum pretium militiæ accipere voluisse.* Intelligunt inter- 16

greſſu poſſit caſus contingere, in quo ſecunda hæc nominatio poſſit ſortiri effectum. Cuius rei facile poteſt exemplum conſtitui, in caſu notabili, quem tractabimus *infra in §.4.hoc tit.q.9.n.18.cum ſeq.* Vbi ad ſatietatem examinabimus, *an valeat ſecunda nominatio facta ab eo, qui alium prius nominauerat, & per cuius mortem ad nominantem, fuit ipſa emphyteuſis reuerſa?* Quoniam Peralta *in d.loco* ſolum agit, de reuocando primo actu, valido, per ſecundum inualidum; ſub ſpe tamen, quod aliquando poterit conualeſcere: quo caſu negat, per hunc ſecundum actũ, aliquod primo generari poſſe præiudicium: quod videtur longe diuerſa cauſſa, & tractatus, ab eo, de quo futurus eſt ſerm. *in d.§.4.*

45 Sic † etiam ex ſuperiore reſolutione dicendũ eſt, quod ſi Titius nominauit Semproniũ reuocabiliter, vel etiã, quia ſimpliciter dumtaxat, citra omnis iuris emphyteutici ceſſionem, vel etiam per relationem ad tempus mortis, ſine difficultate, per ſecundam, in fauorem alterius perſonæ factam nominationem, etiam inutilem, dummodo ſpem habeat conualeſcentiæ, prima in fauorem Sempronii facta nominatio reuocabitur, vt in d. loco Peralta probat, *num.20.cum ſeq.& pag.486 col.2 in fin.concl.2.* Quod tamen ibi vtiliter explicat, & intelligit ꝓcedere, niſi prima nominatio, reuocabiliter facta, inter viuos ſit, & ſecunda inutilis in teſtamento, ſeu alia vltima voluntate, quoniam per hanc prima nominatio nõ reuocatur: quia tam potens eſt ad reuocandum vltima voluntas inutilis, quam contractus, vt ibidem ex Bartoli auctoritate probat Peralta. Et eſt notabilis reſolutio.

46 Tertia † etiam concluſio deducitur ex eodẽ Peralta *ibidem pag. 487.col.2.* quod vbi tu Petrum teſtamento valido nominaſti, & poſtea Ioannem alio inualido teſtamento nominaſti, nihil protinus egiſti: nam cum teſtamentum in totum infirmare contenderis non niſi alio æque perfecto infirmare potuiſti, *§.poſteriore quoque Inſtit. quibus mod. teſtamen. infr.* a ſola enim voluntate defuncti teſtamenti infirmitas non pendet, *§.ex eo autem ſo'o. eod. titul.* tradit, Peralta hoc ita reſoluens *d.concluſ.3.* & noſtra lex Regia *infra hoc tit.§.2.* Verum ſi teſtamento factam nominationem reuocare intendis, vtique ad ſimilitudinem legati, firmo in aliis manente teſtamento, eandem reuocare poteris, *vt in d.§. 2. obſeruabimus.* Quod tñ intelligendum eſt, verum eſſe, quando nominatim reuocaueris, aſſeuerans pœnitere, te feciſſe in mei fauorem, nominationem emphyteuſis, ideoque nolle, illam valere: quo caſu, ſine vllo ſcrupulo infirma prior nominatio erit. Et ita procedunt quæ trademus, *in d. § 2. infra eod titul.* Rurſus idem erit obſeruandum, quando per conſequentiam nõ directe prius factam nominationẽ in teſtamento, tu valide reuocaſti, ſimpliciter nominãdo aliam pſonam, ad eandem emphyteuſin: quamuis non profitearis, te primam nominationem non reuocare. Satis enim per conſequentiam reuocat, qui alium nominat. Quæ ſane reuocatio interpretatiua, & quæ per conſequentiã inducitur, debet valide fieri. Aliter enim ſi inualide, actus nullus non eſt potens tot producere ſpecialia, vt eſt gloſſa notabilis, *in l.fideicommiſſum, C. de fideicommiſſis. & in l.heredes palam.§.ſi quid poſt.ff. de teſtament. Peralta.d.loco concluſ.4.pag 487.* quem vide.

47 Vnde † ſi poſtquam me inter viuos reuocabiliter nominaſti, teſtamentum feciſti imperfectum, ſeu minus ſolemne, & ſic inualidum, in quo factam antea mei nominationem directo reuocaſti, nolle eã valere ꝓfeſſus, vtiq; quia de voluntate tua palam cõſtat, inutilis mea nominatio erit, vt cum Bartolo, cõmuniter recepto reſoluit Peralta. *d.l. qui teſtamento colu. fin.concluſ.6.* Verum ſi directo non reuocaſti, ſed per quandam conſequentiam, quia aliam perſonam nominaſti, & conſequenter factam de me nominationem reuocaſti, nocere mihi ea interpretatiua ademtio non poteſt, vt habetur, *in l.ſi iure, ff.de legat.3.* Vbi eſt caſus elegans, cuius ad id meminerunt ſcribentes *in l.plane, in princip. ff.de legat.1.* Caue tamen, quia ille text. *in d.l.ſi iure*, loquitur, quando prima nominatio fuit facta, in teſtamento valido: ſecunda vero in imperfecto: qui caſus particularem videtur habere rationem, per quam prędicta Peraltę reſolutio ſuſpecta reddi poteſt. Attende igitur ad hypotheſin ibi ꝓpoſitam. Defunctus iure facto teſtamẽto, fideicõmiſſum mihi reliquit: deinde aliud teſtamentũ nõ iure fecit, in quo mihi aliã rem, non quæ priore fuerat relicta teſtamento legauit, quæſitum eſt, *an propterea, carere debeam fideicommiſſo in primo teſtamento relicto.* Et videbatur dicendum quod 48

ſic. Vt ibi Pomponius arguit, *quia fideicommiſſa voluntate nuda infirmarentur.* Concordat Vlpian. *in l.3. §.ſi.ff.de adimend. legat* ibi, *Non ſolum legata, ſed & fideicommiſſa adimi poſſunt, & quidem nuda voluntate,* & vtrobique notant gloſſa, & doctores, & tradit Aurpachius *libr.4. epiſto'a 5.* intelligens id tam procedere in vera voluntate, ſeu directe reuocatoria, quam in tacita, & interpretatiua, per quam similiter inducitur legati ademtio, vt ſi ſuperueniant inimicitiæ, *l.3.in fin. cum l. ſeq.ff. de adimend. legat. l.ex parte eod. titul. l. inimicitiæ.9. ff.de his quib. vt indign.* habetur *in l.3.ff. de auro & argent.leg.* Vbi vxori legatum denegatur, & reuocatum eſſe cenſetur, ſi a marito poſtea diuertat. Non eſt enim veriſimile maritum vxori a ſe diuertẽdi magis, quam morteæ, quicquam relinquere voluiſſe, *l.2.eod.tit.* Quaꝓpter Pomponius *d.l.ſi iure.ff.de legat 3.* pro parte affirmatiua, & ratione dubitandi arguit, legatum ademtum videri, ſiquidem conſtat de voluntate defuncti, qui ſecundum teſtamentum conedere elaborauit, in quo aliam mihi, aut nullam rem legauit. Quod videbatur ſufficere, ad legati ademtionem. 49
ad quam ſufficit nuda teſtatoris voluntas, tacita, vel expreſſa, *per iura ſupra citata*, & probat Imperator *in l.fideicommiſſum 27. C. de fideicommiſſ.* Verum in ſpecie propoſita quia legatum fuit in teſtamento iure facto relictum, quo infirmo, & reuocato, aliud ſecundum condens defunctus voluit decedere, contrarium obſeruandum Pomponius refert, in hæc verba, *Sed vix id obtinere poteſt fortaſſis ideo, quia ita demum a priore teſtamento recedere velim, ſi poſterius valiturum ſit.* Vides quam argute a prædictorum iurium regula, & traditione recedit Pomponius, quando legata ſunt teſtamẽto valido relicta & poſteriore adimuntur, quo caſu neutiquã reuocata cenſebuntur, niſi ſecundum teſtamentũ ſit iure factum, & ex eo adiri hereditas valeat, quoniã tunc dicitur a primo teſtamento receſſum, *vt in §.1.Inſti. quib.mod.teſta.in.firm.* Conſiderauit enim Pomponius voluntatem teſtatoris, qua cõſtat, voluiſſe a priore teſtamento recedere, conditionem quandam tacitam habere, ſi ſecundum teſtamentũ teneat, &

ad

ad effectum perduci qoeat, prout inre statutum est, & consequenter voluisse, nisi hoc contingat, prius factum firmnm manere, vt ex verbis prædictis dednicitur. Secuodnm quam interpretationem, necessario fateodum est, vbi testator, secundum condens testamentum, legata in primo relicta renocauit, voluisse firma permanere, si contingat inutile & imperfectum seu non iure factum secnndum testamentum esse. Nam hnc casu quemadmodnm heredis institutio, in qua ipsius testamenti caput consistit, firma permanet: ita & in eo legata relicta, tanquam accessoria firma censeri debent, vt in *d.l.si iure*, plane sentit Bartol. *oppos.1.* & Paul. *in l.si pluribus, ff. de legat.1.nu.4. Iason in l.plane, n.4. eod.tit.* Quorũ sententiam veram esse censeo. Etenim testamenta, aliter, quàm posterioribus iure factis non infirmãtur, *d.§.1. & seq quib.mod.test.infir.l.2.ff.de iniusto rupto.l.hac consultissima, §.si quis autem, C.de testam.* In quo sane heredis institutio, & legata differunt, quoniam illa non nisi solemni testameoto infirmatur, hæc vero nuda voluntate reuocantur, vt eum Azone obseruanit glossa *verbo. nuda. dict.l.3.§.fin.ff.de adim.leg.*

48 Ex † quibus sic explicatis, cauẽdum censeo a Ripa, *in l.1.num.183.ff.de vulgari*, existimante in casu *d.l.si iure ff.de leg.3.* Ideo secundam disposi ionem inutilem nõ reuocare prinrem vtilem, & sic legata primo testamento relicta: quia constabat, testatorem confirmare, non renocare prinra legata, voluisse, quæ sanè interpretario repugnat literæ illius text. quoniam Iureconsultus loquitur etiam in casu, qno testator varianit, alias res legans, aut aliud diuersum, aut oihil, ibi: *Vel aliud, quam quod priore testamento, vel omnino non sit relictum.* Vt melius multo considerauit, ipsemet Ripa, *in l.re coniuncti, ff. de legat.3.nu.136.* Illud tamen non prætermittam lector optime, Iureconsultissimum Hectorem Rodriguez Lusitanum, Primarium Salmanticensis Academiæ Professorem eximium, nostrum præceptorem, quem superioribus annis alba canicie, & senili grauitate illustrem illam scbolam decorantem, maximosque honorea gloriose perfunctum, iniqua & acerba mors cum maxima iuris prudentiæ iactura abstulit, erupit, exstinxit, aliter & notae illum textum *in d.l.si iure* interpretabatur. Intelligebat enim, ideo ibi per secundum testamentum, non cẽteri ademtum legatum, mihi in priore testamento relictum, quia liqnido constabat, etiam io secundo testamento defunctum mihi pinguius, & forte abundantius testatorem prouidere voluisse: quare quia ob secundi testamenti imperfectionem consequi in eo relicta non possunt, iuris regulis cõsentaneum visum fuit, statuere, quod in primo testamento relicta, firma permaneant, iuxta quem sensum asserebat vir doctissimus, interpretandam fore *l.si quando 112.ff.de legat.1. & Lex verbis 14. C.de donatio. inter virum & vxorem.* quatenus probant, inutile legatum esse, si maritus, quæ viuus vxori donauerat, legauit, quia confirmare magis, quam reuocare donata legando visus est. Frustra quidem quoniam ex solo titulo donationis, morte confirmato, vxnri secuudum inris regulas prouisum est.

49 Quamobrem, † si casus contingat, in quo vxori prouisum non reperiatur, prout euenit, quãdo maritus illi simpliciter donauit, nec ad rei donatæ traditionem processit, citra quam, morte confirmari donatio non potuit, vt tradit Gomez. *in 2.tom.cap.4.n.23.ad fin. & in l.50. Tauri, n.65. versi. vnum tamen.* & est tex. de hoc *in l.Papinian. ff de donat. inter vir. & vxorem*, tradnnt Corrasius *in Miscellan. lib.5.cap.1. Rogerius, in l.2.ff. de donatio. nu. 11. ad fin. cum seq. Couarruu. in rub. de testam.3. parte, num.3. Gregor. Lopez. in l.4.tit.11. Part.4. Mencha. de success. prog. §.1. nume.138. Mynsinger. lib. decisio. Imperial. centur.2.q.33.* necestario fatendum est, vtile legatum esse, quod vti verum probo. Non tamen faris pereipio, qualiter ex interpretatione prædicta ad illa iura, ille sensus inseratur: maxime quia vir ille testabatur, hoc casu reuocata manere dnnata, & per validum legatum ademta. Cnius cnntrarium verius est, siquidem constat, defunctum iden legasse, ne ob defectum traditionis, dnnata corruerent. Quare hunc intellectum ab illo singulari viro traditum (parcant mihi eius manes, est enim οὐχ ὁσιότης τῶν τεθνεώτων κατηγορεῖν) id est, *nulla pietas defunctos conuiciari*, nnnime amplectendum censeo. Repugnat enim manifeste literæ tex. *in d.l.si iure, ff. de leg.3.* Vbi I.C. plane loquitur, in casu, quo defunctus, nihil prorsus mihi legauit, in secundu testamento, vt ibi, *Vel omnino non sit relictum.* Quapropter verius multo est, quod supra aduertimus, ideo ibi legata in primo testamento ademta non videri, quia per secundum testator illa voluit renocare, sub quadã tacita conditione, si valebit & primum omnino infirmabitur. Secundum quem sensum, qui verus est, & rationi Iureconsulti congruens, nulla prorsus est cõstituenda differentia, inter reuocarionẽ directam, & obliquã, seu quæ fit p consequentiam, si modo ea reuocatio fiat in testamento prioria renocatorio, quia in vtraq; reuocatinne, tacita illa inest conditio, *si per secundum testamentum primum reuocetur,* quæ conditio efficit, vt in omni casu firma maneant legata, in priore testamento relicta, siue directe, siue indirecte, in secundo testamẽto reuocentur. Et sic ille tex. intelligendus, & amplіandus est, licet Peralta, *d.col.fi.l.qui testamẽto, ff.de leg.2.* illum restringat ad renocationem indirectã, quæ sit per consequentiam, vel quia secundo testamento eandẽ rem priore legatam, alii legauit, aut prioris legatarii protinus non meminit, quo casu per consequentiam videtur defunctus reuocare.

Quæ † resolutio vbi per secundum testamẽtnm, fit reuocario, defendi non potest; *per supra scripta.* 50 Quapropter vbi tunc in testamẽto valido nominasti ad emphyteusin, quam obtinebas, & postea alio secundo testamento, quo primum reuocare intendis, aliũ nominasti, vel me præteriisti, nulla prioris nominarionis in meum fauorem, facta mentione: siue etiam nominatim eam nominationẽ reuocasti, absque vllo dubio, & difficultate, infirma mea nominatio erit, nullius q; roboris & momenti cẽsenda. Si modo secundũ hoc testamentum, quo hæc fecisti, iure perfectum, & validum sit. Aliter enim si imperfectum reperiatur, nec iure validum, prior in mei fauorem facta nominatio obtinebit, quasi nunquam reuocata fuerit ex ratione Iureconsulti *d.l.si iure, ff. de leg.3.* cũ his quæ paulo ante diximus, quod pane significat e legis Regiæ verba *in §.3.* infra videtur, ibi: *Se fizer testamento, no qual nomear, & disposer renegar o tal testamento, ou fer por direito per qual quer modo anulado por nenhum, pera a dita nomeacano isso mesmo renogada. Por quanto sendo o testamẽto renogado, ou*

auido por nenhum, he iſſo meſmo auida por nenhuma a nomeacano nelle feita, como ſe nunca fora feita. Nihil enim, & inutile comparantur in iure, & quæ iure nõ ſubſiſtunt, impedimento non ſunt. *Regula nõ præſtat, de reg. iur. in 6.* Porro ſi extra ſecundum teſtamẽtum, tu inutiliter in mei fauorem factam nominationem reuocaſti directo, quia plane de reuocatione, tuaq; voluntate conſtat, infirmabitur nominatio, & propterea ego emphyteuſin non obtinebo, ſed is, ad quem illa ſecundum iuris ſucceſſionem pertinebit, quia ſola voluntate, reuocari in teſtamento facta nominatio, ad inſtar legati põt, *vt iam ſupra diximus.* Quod tñ ad directam reuocationem reſtringendum eſt, non ad eam, quæ fit, & inducitur p cõſequentiam, qualis eſt, quando alium emphyteuta nominauit, quoniam hæc niſi ſolemniter, & per actum validum celebretur, reuocationem non producit, & propterea, prius facta nominatio, firma permanet, vt reſoluimus cum Peralta, *d. l. qui teſtamento, pag. 487. concl. 4.*

51 Denique †, vbi tu me teſtamento, aut inter viuos reuocabiliter nominaſti, & poſtea in fauorẽ incapacis, ſecundã nominationem feciſti, nec aliter meam nominationem reuocaſti, quam per conſequentiã, proculdubio, nihil egiſti, ex regula *l. & ſi transferam 20. ff. de adim. legat.* Vbi legati ademtio, & translatio, in fauorem eius facta, qui inteſtabilis eſt, quamuis illi non profit, priori legatario nocet, a quo legatum fuit ademtum. Sed contrarium erit obſeruandum, ſi defunctus nominatim legatũ non ademit, vt reſoluit Peralta, *d. loco ad fin.* qui ad idem citat tex. *in l. & ideo 8. ff. de adim. legat.* quatenus probat, mortuo ſecundo legatario, viuo teſtatore, primũ, a quo fuit ademtum illud petentem audiendum fore: quia legatum directo non fuit reuocatum, ſed p quandam conſequentiam, quia ſecundo datum, & in cũ translatum, in qua ſpecie tacitam ineſſe ademtionem Iureconſ. probat, *in l. ſicut. 5. ff. illo tit. de adim. leg. Iaſ. in l. re coniunctis, numer. 19. & ibi Ripa n. 23. ff. de leg. 3. Iaſon in l. ſi pluribus de leg. 1. Alciat. in l. triplici, de verbo. ſignif.* Quæ vtilis profecto reſolutio eſt, iuxta quam aliquãdo reſpondimus, hanc Ordinationẽ Regiam, hic probantem, per ſecundam nominationem extingui primam, intelligendam eſſe, quando directo fiat prima reuocata: non quando tacite per conſequentiam, quoniam tunc, ſi ſecunda deficiat, per mortem nominati decedentis ante nominantem, vel aliter, prima obtinebit per tex. *in d. l. & ideo. 8. de adim. legat.*

ARGVMENTVM.

Nominatio an reuocetur ex l. ſi vnquam, de reuoc. dona.

Maritus an poſſit vxorem nominare, & reuocata nominatione an reuocentur fructus, & quid in reliquis quæ reuocantur, ſcilicet in donatione legato.

Nominatio in teſtamento facta, an facta traditione in vita fiat irreuocabilis: &, An traditio rei emphyteuticæ impediat nominationis reuocationem? &, An nominans variare poſſit: &, An reſeruatio vſusfructus impediat reuocationem: &, An donatio dotis cauſſa facta irreuocabilis.

SVMMARIA.

1 *Nominatio an ſit reuocabilis per l. ſi vnquam.*
2 *Reuocabilis nominatio per l. ſi vnquam, reuocatur.*
3 *Nominatio irreuocabilis per l. ſi vnquam non infirmatur.*
Nominatus capit a domino non a nominante.
4 *Donatio vxori a marito facta, quæ ab alterro patrimonio proficiſcitur valet.*
Maritus poteſt vxorem ad emphyteuſin nominare.
5 *Emphyteuſis quando pro vno ex filiis nominando cõceſſa eſt, etiamſi nominatio ſit irreuocabiliter facta nata ſobole reuocatur.*
6 *Mulier quinquagenaria non concipit.*
7 *Fructus vindicat, qui nominationem reuocat.*
8 *Legatum cum fructibus reuocat teſtator.*
9 *Titulus reuocabilis non præſtat fructus.*
10 *Titulus inter viuos, etiamſi poſſit reuocari, præſtat fructuum acquiſitionem.*
11 *Donatio inter virum & vxorem reuocatur cum fructibus.*
12 *Bona fides vxoris exiſtimantis donationem valere, præſtat fructuum acquiſitionem.*
13 *Interpretatur l. de fructibus, 18. ff. de donatio. inter vir.*
14 *Comparatum ex vſuris rei reſtituendum eſt.*
Fructus rei donatæ a marito vxori, morte confirmantur, cum donatione ipſa.
15 *Fructus rei legatæ percepta viuo teſtatore, non pertinent ad legatarium.*
Legatum poſt mortem præſtandum, & cum commodis qualiter intelligatur.
16 *Traditio legati facta in vita impedit reuocationem. Sed contra verius.*
Interpret. l. Lucius, 22. ff de leg. 2.
Traditio præſtat dominium irreuocabile.
Traditio regulatur a titulo præcedente.
Tertia bonorum legata, & in vita tradita reuocatur.
17 *Traditio ſimpliciter facta, citra legati commemorationem, impedit reuocationem.*
18 *Voluntas non præſumitur mutata.*
Traditio regulatur a titulo præcedente.
19 *Traditio vbi fit, expreſſa cauſſa dotis, aut ſimile ceſſat legati reuocatio.*
Filia teſtamento relictum, ceſſat ſi poſtea viuo patre donetur.
Dos conferenda vbi in vita a patre eſt ſoluta.
20 *Nominatio emphyteutica teſtamento facta ſit irreuocabilis ſi in vita tradatur.*
Fructus perceptos nominatus non tenetur reſtituere reuocata nominatione.
Nominatus ad emphyteuſin fructus facit ſuos irreuocabiliter.
Fructus maioratus an repetat, illius ceſſionem reuocans.
21 *Primus maioratus cõditor reuocat maioratum, traditum cum fructibus.*
22 *Traditio rei emphyteuticæ non impedit nominationis reuocationem.*
Nominatio emphyteutica mortis cauſſa donationi comparatur.
23 *Traditio facta in continenti poſt nominationem non impedit reuocationem, ſecus ſi ex interuallo.*
24 *Nominatio facta ab eo, qui habet ex conceſſione poteſtatem variandi, per traditionem non ſit irreuocabilis.*
Teſtator tradens rem legatam, in vita videtur, & inter viuos dare.
Titulus ſolus nominationis an conferat nominato ius irreuocabile.

Clau-

Clausula constituti, nec usufructus reseruatio non facit irreuocabilem donationem.

26 *Cessat variatio ubi nominato est quæsitũ dominium.*

27 *Variatio cessat ubi constat nominantem a se abdicauisse variandi potestatem.*

28 *Nominans quando dicatur a se abdicare potestatem variandi.*

Qui a se omne ius emphyteuticum abdicat, variare non potest.

Nominandi & variandi potestas potest cedi.

Differentia incerti de certis, aut de incertis cessat.

29 *Transferre verbum, quam vim habeat.*

30 *Gerundium inducit conditionem & formã, & qualiter sit intelligendum verbum transferendo, &c.*

31 *Reseruatio usufructus, non nocet nominato, quominus dicatur irreuocabiliter nominatus.*

Nominato potest res tradi sine mora commissi.

Reseruatio fructuum non impedit reuocationem nominationis, quia nec traditio.

32 *Nominantem voluisse a se abdicare potestatem variandi satis est, quod constet, licet non cedat omne ius, quod habet.*

Satis est quod emphyteuta nominans seu eligens omne ius cedat, licet non dicat, quod illud cedit.

Fructus qui tantum reseruauit variare non potest.

Fructuum reseruatio non facit donationem videri inter viuos factam.

33 *Promittens non reuocare omne ius dicitur cedere, ideoq; non reuocat si nominatus superuiuat.*

34 *Nominatio iurata non reuocatur, nec geminata.*

Nominans potest reuocare nominationem licet omne ius transtulerit in nominatum, quando ei persuasum fuit, ita oportere nominationem facere.

35 *Nominatio etiam dotis caussa facta reuocabilis est, nisi dotans totum ius cessit.*

36 *Nominatio reuocari non potest, quando dotans solum usumfructum reseruauit, aut aliter omne ius cessit.*

37 *Cessio iuris emphyteutici ex titulo emtionis aut permutationis est irreuocabilis.*

38 *Emphyteuta quãdo sibi reseruauit potestatem disponendi de re emphyteutica, licet cesserit omne ius, per contractum inter viuos nominationem reuocare potest.*

39 *Nominandi potestas, quando simpliciter non per relationem ad tempus mortis fuit concessa, nominatio reuocari non potest.*

Nominandi facultate alternatiue concessa semel facta electio reuocari non potest.

40 *Electio unius remedii, tollitur alterum quando duo alternatiue competunt, & nu. 41.*

42 *Nominandi potestatem qui habet, cum morietur, potest viuus nominare.*

CAPVT IV.

1 Vlterius animaduertendum censeo huiusmodi nominationem emphyteuticam, de qua Ordinatio Regia *hic in princip.* factam ab emphyteuta, cum morietur, aut aliter reuocabilẽ, per filiorum natiuitatem rescindi ac reuocari, ex beneficio *l. si vnquam, C. de reuoc. donat.* vt notabiliter resoluit Pinellus, *in 1. part. rub. de bonis mater nu. 23.* vbi postquam obseruauit *num. 18. cum seq.* bonorum appellatione contineri emphyteutica bona, vt *trad. Cortan memorabil. verbo bonorum, & videndus Simon de Praetis, in tract. de interpr. vltim. volunt. libr. 3. interpret. 1. solut. 2 fil. 7. nume. 1. cum seq. Socinus iunior libr. 4. consil. 7. num. 14. Crotus in l. si constante, ff. solut. matrimon. num. 25.* Vbi *num. 23.* subdit hæc bona emphyteutica contineri sub verbis *d. l. si vnquam*, quæ loquitur in donante bona sua, vel aliquam partem eorum, & consequenter in donante bona emphyteutica, quæ bonorum appellatione continentur. Vt probant ii, quorum meminit Tiraquell. *dict. leg. si vnquam. verbo. bona, num. 10. Aluarus Valascus de iure emphyteut. quæstio. 1. num. 22.* quamuis Tiraquell. *ibi in fin.* non ausus fuerit decidere, an illius *l. si vnquam.* dispositio, sit etiam in his bonis emphyteuticis obseruanda. Verum Pinellus plane suã restringit sententiam ad casum, quo vere hæc bona sunt donata, ab eo, qui postea liberos suscipit: quoniam eo tantum casu militant verba *d. l. si vnquam*, & eius ratio: non sic quando quis ea bona emphyteutica, magis a domino directo obtinuit, quam ab ipsomet emphyteuta nominante, seu renuntiante ius, quod habebat: quia in hac specie, magis ab ipso domino directo habere dicitur, ex his, quæ ipse traditurus erat, *in l. cum multa, C. de bonis quæ libr.* Carpit *ibidem num. 20.* Pinellus *in fi.* Tiraquellum, quod vtilissimam eam quæstionem imperfectam, & indecisam reliquerit. Ego sane multo magis insignis illius viri interpretationem reiiciendam censeo, qui cum agnouerit decisionis vtilitatem, tam negligenter eam tractauerit, vt vix intelligere possimus, quã opinionem fuerit amplexus. Inquit enim, tunc demum standum fore dispositioni *d. l. si vnquam*, qñ emphyteuta rem mihi emphyteuticam ita cessit, & donauit, vt ab eo accepisse visus fuerim, & ex vera traditione. Secus vero, si ego emphyteusin obtinui magis a domino directo, qui eam mihi de nouo cõcessit, aut ex alia caussa ad me emphyteusis peruenit, tunc maioris ponderis, & considerationis, quam renuntiatio, & voluntas ipsius emphyteutæ esse poterat. Credit vir doctissimus standum nõ fore dispositioni *d. l. si vnquam*, & consequenter nocere mihi, quod ille nonos susceperit liberos, non posse. Quæ traditio quam sit imperfecta, & diminuta, quispiam vel mediocriter eruditus non dubitabit, quoniam non declarat Pinellus *eo in loco*, quando possimus colligere, ex vera emphyteutæ donatione emphyteusin obtineri. Vt sic dispositio *l. si vnquam* locum habeat, præsertim si attendamus ad Iureconsulti responsum *in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de legat. 2.* cuius dispositio refragatur, emphyteusin ex vera emphyteutæ donatione obtineri posse, quoniam a domino concedente, non ab ipso emphyteuta, successorem eligente, *cap. ab eo nominatus, seu electus.* Quare neque grauamen imponere potest, quia ab eo non capit nominatus, ex regula *l. ab eo. 9. C. de fideicommiss.* non etiam ex caussa ingratitudinis, semel a se abdicatam emphyteusin reuocat, vt plane docuimus *supra*, dum materiam *l. 3. §. fin. cum lege sequenti. ff. de adim. legat.* ad casum reuocabilis nominationis restrinximus. Quamobrem vix sane stare potest, quod eo loco Pinellus ait, ex vera emphyteutæ donatione, posse quempiam emphyteusin habere, vt illi dispositio, *dict. leg. si vnquam* congruat. Vlterius, quod etiam Pinellus ait, a domino magis, vel ex alia caussa, quam ab ipso emphyteuta posse emphyteusin obtineri, similiter mancum est, ac diminutũ, nec minus suspectũ si cõsideres, absq; emphyteutæ consensu & iuris emphyteutici renũtiatione

emphyteusin in quempiam alium transferri non posse: quare non video, quomodo fieri possit, quod magis a domino directo, aut alia caussa, eam rē possis consequi, cum obsistat regula, *id quod nostrum, de regul.iur.*

2 Quocirca † ego iam dudum hanc quæstionem aliter enucleādam fore intelligebam. Existimo enim *d.l. si vnquam.* obseruandam fore, quoties emphyteuta quempiam nominauit, reuocabiliter. Nam cū huiusmodi nominatio, eiusque infirmitas, a sola & nuda voluntate emphyteutæ nominantis pendeat: & propterea propter inimicitias superuenientes reuocetur, atque etiam per eiusdem rei emphyteuticæ alienationē, vt supra resoluimus, necessariu subsequitur per filiorum natiuitatem, multo magis cādem reuocari, atque infirmari. Quoniam *dict.leg.si vnquam,* beneficium, fortius donata rumpit, & infirmat, quam rei alienatio, quod patet, si consideres, *dict.leg.si vnquam,* donationem irreuocabilem, & omnino firmam reuocare, vt ex eius verbis palam deducitur. Quare multo magis, mortis caussa donationem reuocabit, vt in specie consuluit Paulus *consil.434.dubio.5 volum.1. Cornei [illegible] cons.244. col.3. versic. vt in simil. tradunt T[illegible] si vnquam, n. 198. & ibidem Rip q.10. & Rub[illegible] num.1.* & consequenter nominationem emphy[illegible]icam, de qua agimus, dummodo ea forma si[illegible] cōcepta, quod reuocari possit.

Sed contrarium defendi facili negotio potest, si consideres dispositionem, *d.l. si vnquam,* esse exorbitantem, a regulis iuris communis, vt ibidem explicat Tiraq. *verbo libertis. in principio* Qua ratione ad veram, & simplicem donationem inter viuos restringi debet, non ad mortis caussa donationem extendi, quæ vera donatio non est, vt habetur *in l prima, ff de donat. & in l. Senatus, §. sed mortis, ff de donat. causs. mort.* Quo sane argumento vtitur pro hac parte Tiraq *d. verbo donatione. l. si vnquam, nu.197.* Confirmans *num. 204. cum seq.* ex eo, quod, *l. si vnquam,* prouisio maxime fuit necessaria in donatione irreuocabili, ad quam infirmandā, nullum erat in iure nostro præscriptum remedium. Quare cessare debet, in donatione mortis caussa facta, ad cuius reuocationem iam erat pœnitentię concessum remediū *l. non omnis, ff si cert. pet.* quemadmodum in simili minori negatur restitutio, aduersus mortis caussa factam donationem, quia illam libere potest reuocare. Vt Tiraquell. tradit *d. loc. verbo donatione ante num. 205.* & nos latius tractauimus *in nostro analytico commentario ad l. si curatorem habens, C. de in integr. rest. min.* qua ratione debet etiam cessare *dict. l. si vnquam.* remedium, seu beneficium. Vbi donanti alio est prouisum ordinario remedio, eodemque facillimo, siquidem in sola pœnitentia consistit, vt nominatim voluit Archidiaco. *in cap quicunque. 17 quæst. 4.* restringens *d. l. si vnquam,* ad casum simplicis & irreuocabilis donationis, & expresse hoc voluit, & consuluit Bertrandus, *cons. 83. col. 2. vers. sed vbi tenere[m]us. volum. 2.* Quibus adde, verba *dict. l. si vnquam,* huic materiæ adaptari non posse: siquidem volunt, donata ad donantem reuerti: quæ reuersio rei donatæ, proprie conuenit donationi inter viuos, non caussa mortis, aut legatis testamento relictis; quæ antequam moriatur, donans, seu legans, ab eius patrimonio, non videtur recessisse. Quare quia illis non conueniunt, dict. leg. verba, neque eius dispositio conuenire debet. Si maxime consideres, quod eo ipso, quod non reuocauit, vsque ad vltimum vitę spiritum, donans, seu legans, magis videtur, semel donata confirmasse, & in ea voluntate perstitisse. Et in specie sic arguit Tiraquell. *dict. verbo donatione. sub num. 205. & verbo, libertis, num 95.* inferens proinde, donationem inter virum & vxorem factam, filiorum natiuitate reuocari. *per d. l. si vnquam,* quæ fuit sententia Cornei *consil. 194. volum 3. Ripa. libr. 3. respons. cap. 2. colum. fin. & Alexand. cons. 162. libr. 6. col 2. vers. item secundo,* quorum ad id meminit Tiraquellus *ibidem, num. 94.* cui adde eundem Ripam, *dict. leg. si vnquam, quæst. 48. num. 111.* Vbi tamen videtur in partem contrariam inclinare. Quæ sane æquior sententia est, imo & receptior, vt plane colligitur ex eodem Ripa, *in dict. l. si vnquam. num. 41. cum seq. quæst. 19.* resoluente secundum receptiorem scribentium sententiam, legata testamento relicta filiorum natiuitate reuocari, in quam rem plura allegat, quibus hæc verior, æquiorque sententia esse comprobatur, de qua etiam late agit Tiraquel *dict. l. si vnquam. verbo, donatione, num. 207. cum sequent.* & Curtius senior, *consil. 1. num. 10* secundum quam resolutionem, quæ optime donationi caussa mortis applicari potest, vt nominatim asseruit Ripa *d. l. si vnquā n. 19. q. 10.* asserens, in donatione caussa mortis obseruandum esse. quod in legatis reuocandis per eandem legem *si vnquam,* traditum est, necessario est resoluendum etiam nominationem, de qua agimus, per eādem legem, si vnquam, informari; quoniam, vt superius iam aduertimus, harum nominationum reuocatio ab ademtione legatorū, & mortis caussa donationis reuocatione, si modo ita fiant, vt reuocari valeant, regulanda est. Quamobrem quemadmodum secundum communem & æquiorem sententiam legata, & donationes caussa mortis factæ, per dictam *l. si vnquam,* infirmantur, & pro non factis habentur: ita etiam & nominationes istę emphyteuticæ infirmæ sunt censendæ, & protinus reuocatæ. Viget enim & in hac specie dict. leg. *si vnquam* ratio, & intentio nominantis, qui si agnouisset, aut cogitasset sibi liberos nascituros, haud nominasset quempiam extraneum ad emphyteusin, quam habebat, liberos magis, quam quempiam alium nominaturus.

3 Sed hæc † ad reuocabilem tantum pertinent nominationem. Irreuocabilis vero, & si dictæ leg. *si vnquam,* rationi, & dispositioni subiaceat, quia in donatione irreuocabili, & inter viuos facta, ea lex loquitur, nihilominus adaptari nostris nominationibus emphyteuticis nō potest, quoniam cum emphyteuta, de suo nihil prorsus conferat, donare, aut vllam liberalitatem exercere non dicitur, *leg. vnum ex familia, §. 1 ff de legat. 2.* ibi: *Quid enim est, quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit, omnino reddere debuit.* iuncto principio ibi, *perinde omnia seruabuntur, ac si nominatim ei, qui postea electus est primo testamento fideicommissum fuisset relictum, non enim facultas necessaria electionis propriæ liberalitatis beneficium est,* ex quo responso palam est, eum, cui res est concessa, cum facultate illam restituendi alii post mortem suam, iuxta concessionis formam, nihil de suo dare, quo liberalitatem exercuisse censeatur: quare electus a primo concedente, eodemque domino directo, magis, quam a nominante emphyteuta dicitur capere, facit tex. *in l. si arrogator, ff. de adoptio.* ibi

Non

Non oportet admitti fideicommissum, quia hoc non videtur eius ad eum peruenire, sed principalis prouidentia, text. etiam *in leg. rem legatam, ff. de adimend. legat. in fin.* & Paulus Iureconsultus *in leg. si seruo, 84. ff. de hered. instit.* Vbi quæstio fuit, *an seruus institutus heres ab eo, quo grauatus erat, illi libertatem dare, fieret illi necessarius?* Et respondet Iureconsultus, necessarium non fieri, rationemque subdit, *Qui enim etiam inuito defuncto, poterat libertatem extorquere, is liber esse iussus, non magnum videtur beneficium a defuncto, consequi: imo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem.* Nominans enim nihil de suo præter nudum ministerium dicitur præstare, vt obseruauit Paulus, *dict. §. 1. dict. l. vnum*, & est communis scribentium resolutio, quæ nostris emphyteuticis nominationibus adoptata, concludit cessare, *dict. leg. si vnquam*, remedium, quando post factam huiusmodi nominationem emphyteuta filios procreauit, quoniam de suo nihil præstitit, nec ab eo quicquam nominatus habet. Quare cessare debet, *d. l. si vnquam* dispositio, quæ in mera, veraque donatione loquitur, vt diximus.

4 Iuuat † textus singularis, *in leg. si sponsus, §. §. si maritus, ff. de donation. inter virum & vxorem.* Vbi Vlpianus notabiliter, validam esse donationem a marito vxori factam, ab alieno procedentem patrimonio, & per quam mariti facultates non minuuntur: & proinde ait, validam esse mariti repudiationem hereditatis, vt illa vxori acquiratur, quia pauperior factus non est, qui etiam textus magis stringit in versiculo *si quis.* Vbi maritus fuit grauatus certa parte hereditatis retenta, ceteras partes hereditatis vxori restituere: Sed maritus nihil retento vniuersam vxori hereditatem restituit: respondet Iureconsultus magis videre maritum defuncti voluntatem adimplere, quam vxori donare. Audi igitur Iureconsultum: *Si quis rogatus sit percepta certa quantitate, vxori sua hereditatem restituere, & is sine deductione restituerit, Celsus libro decimo Digestorum scribit magis pleniore officio præstanda fidei functum maritum, quam donasse videri, & rectam rationem huic sententia Celsus adiecit, quod plerique magis fidem exsequuntur, in hoc casu, quam donationem, nec de suo putant proficisci, quod de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti secuti. Nec immerito. Sepe enim credimus, aliquid defunctum voluisse, & tamen non rogasse*, & paulo inferius subdit: *Vbicunque igitur non deminuit de facultatibus suis, qui donauit, vel etiamsi deminuit, locupletior tamen non fit, qui accepit, donatio valet.* Ergo in proposita quæstione iure optimo defendi potest, quod cum nominans ad emphyteusin, nihil de suo conferre & consequenter donationem non facere censeatur, quia a domino nominatus, non ab eo capit: Et propterea huiusmodi nominationem emphyteuticam, *per leg. si vnquam*, reuocari non posse, quoniam illa lex in vera donatione tantum procedit, per quam donantis patrimonium, & filiorum legitima minuitur, quod non contingit in emphyteutica nominatione. Qua ratione aliquando in praxi respondimus nihil obesse, quominus maritus possit ad emphyteusin vxorem nominare, si nominandi potestatem habet, secundam, vel tertiam personã, quod arbitramur per locũ ab speciali probare legem Regiam, *libr. 4. titul. 105.* quatenus specialiter negat quinquagenariæ mulieri, posse maritum ad emphyteusin nominare: concedens contrarium regulariter fore obseruandum, si minoris ætatis, vel iunior sit, aut orbata filiis existat, & hoc iure vtimur. Ex quibus resoluendum est, has nominationes emphyteuticas irreuocabiliter factas, *per d. l. si vnquam*, minime reuocari, quod summe notabile est in praxi.

Hanc † sententiam aliquando restringẽdam fore censebam, quã emphyteusis fuit cõcessa in fauorem filiorum, vt passim in hoc regno cõcedi consueuit, sub hac forma: *Para vos N. & para vossa molher, & hum filho ou filha dantre ambos, que o derradeyro de nos nomear, ate hora de sua morte, & nano auendo filho, nem filha, a huma outra pessoa, &c.* in qua specie nata sobole reuocari nominatio etiã irreuocabilis potest. 5
Cum enim iuxta formam concessionis, exstantibus filiis, extraneus nominari nequeat (quia primo loco sunt vocati, exclusis extraneis ex forma concessionis, *nam auendo filho, nem filha, &c.* & infra dicemus) ob id per natiuitatem filiorum, in quorum fauorem emphyteusis concessa est, propter resistentiam voluntatis concedentis, qui tunc demum extraneum nominari posse voluit, quando nullus, tempore quo emphyteuta decesserit, adfuisset, necessario nominatio infirmari debet (quod suadent illa verba, *a te hora morte*) etiamsi concessio, nominandi, potestatem ad tempus mortis non dirigat, & referat, imo concedat, in vita, & semel tantum posse fieri, *vt infra §. 1.* Eo enim ipso quod dominus directus negauit posse extraneum nominari, exstantibus filiis, tacite voluisse ac statuisse videtur, tempus mortis, quo emphyteuta filios, nec habeat, nec habere possit, exspectandum fore, & proinde quandocunque nominatio fiat, quasi tacitam conditionem contineat, nisi filii nascantur, eorum natiuitate resolui debet, & penitus infirmari.

Verum, quia † diximus exspectandum fore tempus, quo omnis suscipiendæ sobolis, spes cesset, intelliget lector optimus sufficere, coniuges in ea ætate esse constitutos, quibus fuerit emphyteusis concessa, in qua ad generandum, iam habiles non essent: veluti si fœmina quinquaginta annos sit nata, quæ tunc concipere non potest, *vt tradit Parisius, consil. 29. num. 19. & a numer. 25. vol. 2. Tiraquell. in leg. 6. connubiali, num. 47. Sylua nuptialis, libr. 2. num. 17.* & si aliquando contrarium contingat, vt de imperatrice Neapolitana refert Garibay *in sua Chronica Regũ Aragonia, libr. 32. cap. 8. col. pen. post med.* idque miraculose contigit beatæ Elisabet, vt habetur Lucæ, *cap. 1.* Quę tamen resolutio ambigua videtur: quoniam, vt paulo infra ostendere conabor, prædicta concessionis forma non semper submouet filios secundi matrimonii: Quapropter quo casu illi ad emphyteusin sunt vocati, minime sufficit ad extranei validam & firmam omnino nominationem, quod vxor quinquagenaria sit, siquidem ex alio matrimonio susceptus filius, emphyteusin petere non minus, quam si ex primo, natus fuisset, potest. 6

Quod autẽ Pinellus ait, cessare huiusmodi reuocationem, quoties contingeret ex dominica con-

cessione, aut alia potentiore caussa emphyteusio ad me peruenisse, ex concessu, & cessione emphyteutæ sobolem postea suscipientis: ego aliquando in praxi respondi procedere, & admitti posse, quando emphyteuta vere & realiter emphyteusin, de qua agitur, non obtinebat, neque possidebat, sperabat tamen, se ius ad eam in futurum posse habere: aut etiam de præsenti illud prætendebat: quo casu si ego ex dominica concessione eam obtinui, aut a possessore comparaui, & vt prorsus futuras lites euitarem, dicti emphyteutæ ius, aliquod de præsenti, vel in futurum, prætendentis adhiberi, & adiungi curaui: sane quia caussa principalis acquisitionis meæ, non fuit eius consensus, & renunciatio, imo dominica concessio, seu comparatio, cessare debet reuocatio, ex dispositione, *dict. l. si vnquam, C. de reuocand. dona.* vbi Tiraquell. verbo, *donatione, num. 278. cum sequen.* vtiliter resoluit, eam legẽ non procedere, in eo, qui dumtaxat donanti consensum præstitit. Sed ad alia progrediamur.

7 Sæpius † in praxi agitatum vidimus, *an emphyteuta qui ex forma huius legis Regia nominationem reuocauit, fructus quoque vendicare possit? Vel finge, emphyteutam me simpliciter nominasse, & sic reuocauisse, remque ipsam tradidisse, deinde post plures annos, pœnitentia ductum nominationem reuocasse, reuocatur in dubium, an res ipsa emphyteuta vindicante cum fructibus restituenda sit?* Et hanc quæstionem sine dubio decidere videtur Paulus Iureconsultus, *in l. cum quis, 12. ff. de cond. causs. dat. causs. non secuta.* Vbi docuit iuri consentaneum esse, donationem caussa mortis, reuocari cum fructibus & accessionibus interim perceptis a tempore donationis factæ, si a nominante reuocetur, ibi: *Cum quis mortis caussa donationem fecisset, cum conualuisset donator, condicit fructus quoque donatarum rerum, & partus, & quod accreuit rei donatæ, repetere potest*, in quo ille casus est notabilis, secundum Doctores ibi, & Cremensem *singul. 15. Palatius Rubeus in rubric. de donatio. inter virum, & vxorem, §. 72. Burgens. in cap. ad nostram. de emtion. & venditio. num. 34. & Exam. de pactis num. 122. Ioann. Copum, in tractat. de fructibus, cap. 6. Pinell. in leg. 2. C. de rescind. vendit. fol. 108. num. 11. Segura in repetitio. fol. 81. colum. 4. in fine cum sequent.* qui tenent, huiusmodi donationem caussa mortis factam, tacitam quandam habere conditionem, si donans moriatur, aut donatio ab eo non reuocetur, qua deficiente conditione donatarius fructus suos facere non potest, vt etiam tradit Copus *dict. libr. de fructibus, capit. 10.* quamuis incaute Ripa *in leg. 2. numer. 10. ff. de legat. 1.* firmare non dubitauerit, minorem mortis caussa donare non posse: quia & si rem ipsam per pœnitentiam possit vindicare, fructus tamen interim, a donatario perceptos, vt ille credit, repetere non potest. Quod certe ne sibi circa rei donatæ fructus noceat, neganda, inquit, est illi mortis caussa donandi potestas. In quo sane non bene videtur, nec attente locutus. Obstat enim dispositio, *dict. l. cum quis 12. ff. de conditio. causs. dat.* contra quem text. leg. & contra leg. *videamus, 38. versic. item ff. de vsur.* ille existimauit, minorem reuocantem mortis caussa factam donationem, fructus perceptos, non vindicare. Vbi Paulus Iureconsultus, ita subdit, *Item si indebitum fundum solus repeto, fructus quoque repetere debeo. idemque si mortis caussa fundus sit donatus, & reconualuerit, qui donauit.* Quare summa cum ratione a Ripæ doctrina *dict. num. 10.* recedendum est. Nam tum prædicta Iureconsultorum responsa oppugnat, tum etiam communẽ nostrorum interpretum sententiam euertit, qui prædicta iura resoluunt, reuocantem donationem caussa mortis etiam fructus interim perceptos vindicare: vt est videre per omnes, *dict. l. cum quis, ff. de cond. causs. dat. gloss. Bart. & alii, in l. si mortis caussa ff. de donatio. causs. mort. Bald. Aret. Carol.* & alii quorum auctoritate aduersus Ripam nititur Riminald. *in princ. Instit. de donatio. nu. 601. & late Tiraquell. in l. si vnquam, verbo reuertatur, num. 220.* tradit sibi contrarius Ripa *in l. fin. C. de reuoc. donatio. num. 221. Rolandin. de donatio. causs. mortis, num. 16. Carolus, in consuet. Paris. §. 30 nu. 31.* Et est in promtu ratio, quia per donationem, nõ dicitur acquisitus donatario titulus perfectus, & consummatus, quo possit bonam fidem habere, & fructus suos facere. Semper enim ille a principio donationis factæ, fuit in pendenti conditioni, & imbecillitati reuocationis obnoxius, sub qua donatio celebrata censetur. Quamobrem eodem argumento & ratione idem necessario resoluendum videtur in proposita quæstione, vt reuocata emphyteusis nominatione a nominante, etiam cũ fructibus reuocatio facta censeatur: quoniam quoad reuocationem hæ emphyteuticæ nominationes factæ cum relatione ad tempus mortis, donationi caussa mortis & legato comparantur. Quemadmodum igitur *per supra scripta.* resoluendum est donãtem fructus vindicare: ita etiam fatendum est, eodẽ reuocaturum emphyteutam, nominationem reuocantem.

Quod † etiam ex legati comparatione euidentius apparet, si consideres testatorem, qui rem legatam reuocauit, legatario in vita traditam, etiam fructus auocare, vt notabiliter resoluit Cremensis, *singul. 15.* & Tiraquell. *in l. si vnquam, verbo. reuertatur, numer. 226.* Concordat Menoch. *libr. quæst. Illustrium, cap. 38. num. 5.* licet repugnet Segura *ibidem* citatus, atque etiam Baldus, cuius meminit Cremensis additio, *dict. singul. 15.* qui non videntur agnouisse legatum a defuncto, in vita solutum assumere naturam donationis caussa mortis. Vt obseruauit Baldus *in leg. 1. colum. fin. in princip. si quis omissa causs. testament.* quem sequitur Iason, *in leg. eam quam, C. de fideicommiss. num. 20. ante versic. septimus casus.* Quocirca ad instar & similitudinem donationis caussa mortis debet cum fructibus legati reuocatio concedi. Vt etiam resoluit Cotta, *verbo constitutum, in fi. & verbo, legatum,* asserens semel ita in facto Mediolani obtinuisse. 8

Nec † hoc mirum est, si consideres, generale esse apud nostros auctores, vt repetenti regulariter cum fructibus res restituenda sit; quod omnibus casibus congruit, in quibus res alicui tradita est, & concessa ex titulo suapte natura reuocabili, *vt in dict. leg. cum quis, ff. de condictio. causs. dat.* Doctores obseruant, & ex plurium legum auctoritate Tiraquell. *dict. l. si vnquam, verbo. reuertatur, numer. 226.* exemplum ponitur in pacto adiectionis in diem, de quo in *leg. Imperator, ff. de in diem adiection.* Vbi res vendita, cum pacto, quod infra certum diem sit inemta, si quispiam alius maius pretium offerat adueniente conditione, illa cum fructibus

restituatur

restituitur, quod etiam probatur *in leg. fin. ff. de iure fisc.* Quod idem in pacto legis commissoriæ obtinet, cum res scilicet eo pacto venditur, quod pretiũ infra certum tempus soluatur, aliter res sit inemta. Quo etiam casu lapso tempore præscripto, si pretium non soluatur, res cum fructibus vendicatur, tradit Ioannes Coppus *in tractat. de fructibus cap. 11. & sequent. Pinellus in leg. 2. C. de rescind. vend. 2. part. cap. 4. numer. 9. Boerius quæst. 98. num. 9. Menchaca lib. quæst. forens. cap. 49. in princip. Couarr. libr. 3. resolut. cap. 9. colum. 2.* & est bonus casus *in leg. 5. ff. de lege commiss.* In his enim & simillib. exemplis, in quibus res fuit tradita alicui ex titulo reuocabili, fructus cum re ipsa sunt restituendi, quasi ab ipso initio titulus resoluatur. *vt in l. 1. & per tot. ff. de lege commiss. & in l. commissoriæ, C. de pact. inter emtorem. Gomezius de emtio. & venditio. num. 30.* & fuit sententia Cyni *in leg. 3. C. de pact. inter emtor. & vendit. Coras. in Miscellan. lib. 3. cap. 8. num. 5. & 6.* & est text. *in l. videamus, 21. ff. de vsur. §. in Fabiana. ibi: Vt perinde sint omnia, ac si nihil alienatum esset.* Quo argumento idem est necessario respondendum, in casu leg. *filio, §. fin. ff. de inoffi. testament.* Vbi similiter filio inofficiosi querela agenti aduersus patris testamentum, hereditas cum fructibus restituitur, quia scilicet, querela rescindit a principio, quasi non conditum fuisset testamentum, *leg. cum quis, § fin. eodem titul.* tradit Pinellus *in dict. leg. 2. C. de rescind. vend fol. 108. numer. 10.* cui adde Parisium *in cap. 1. de præscriptio num. 1.* Sic etiam procedit text. *in l. cum autem. §. sed cum redhiberetur, ff. de adilit. edicto.* Vbi similiter res cum fructibus restituitur, concordat text. *in l. quod si nolet, §. fin. eodem titul. Copus libr. de fructibus, cap. 14. Boerius quæst. 98. num. 7.* & sequitur Pinellus *in l. 2. C. de rescin. vendit. ca. 4. in 2. part. num. 3. fol. 107. in princip & Corr. in Miscellaneis, lib. 3. cap. 8.* Quibus sane argumentis & similibus ad nominationes nostras emphyteuticas accommodatis, resoluendum est, reuocata ab emphyteuta nominatione, rem ipsam cum fructibus illi restituendam fore, quemadmodum in casibus suprascriptis cõtingit, præsertim in donatione caussa mortis & legato, reuocato, quod sine dubio, etiam cum fructibus restituendum est, *vt supra diximus.*

11 Nec † obstat glossa illa notabilis, & communiter recepta *in l generaliter, §. proinde, verbo, ex caussa, ff. de fideicommiss. liber.* quæ probat, possessorem ex titulo inter viuos fructus suos irreuocabiliter facere: licet ille titolus possit aliquo modo reuocari, & reduci ad non titulum, firmat communem Iason, *in l. cum quis, ff. de condit. caussa data,* quam legem cum *l. cum heres,* concordat Segura, *in l. 1. §. si vir vxori. ff. de acq. possess fol. 79. Tiraquell. dict. l. si vnquam, verbo. reuertatur, num 228. Cotta verbo. legatum. Boerius quæstio. 98. num. 6. Menchaca libr. quæst. Illustr. cap. 38. numer. 1. Gomez. de emtio. & venditio. num. 24. & in titulo de donatio. numer. 21.* resoluens, proinde venditorem ex remedio, *l. 2. C. de rescind. vendit.* rescindentem venditionem, fructus rei interim ab emtore perceptos, petere non posse. Cuius fuit etiam sententiæ Costa, *in leg. gallus, §. & quid si tantum,* plures referens, *fol. 31. num. 72. cum sequent. & Couarr. lib. 2. resol. cap. 3. numer. 9. Pinellus dict. l. 2. part. 2. cap. 4. in princip. fol. 106. & ibi etiam Menesius. numer. 50. Menchaca, libr. quæst. forens. cap. 71. colum. 2. cum sequent.* Non obest in quam hæc glossa *in dict. § proinde,* licet communiter recepta sit, quoniam loquitur in titulo inter viuos suapte natura irreuocabili, quę præstare fructuum acquisitionem, & si contingat aliquãdo reuocari, præfati interpretes docent, contrarium intelligentes fore resoluendum, in titulo reuocabili, de quo agimus, vt aduertunt Tiraquellus, & Cotta proxime relati.

Verum † etiam doctrinam manifeste oppugnare ac confundere videtur, notabile Iureconsulti responsum, *in leg. de fructibus 17 ff. de donatio. inter virum & vxorem.* Vbi maritus vxori rem donauit, & sic titulo suapte natura reuocabili rem dedit, *vt in illo titul. & in l. Papinianus, ff. eod.* vbi scriptum est, huiusmodi donationem in vita donantis non reuocatam morte confirmari, si ad traditionem processerit donans, & ibi notant glossa ordinaria Bart. & Doctores, communiter, & in *leg. cum hic status eodem titul.* tradit Gomezius *secundo tomo. cap. 4. de donatio. sub num. 23. vers. aduertendum,* & nihilominus Iureconsultus respondet vxorem fructus suos facere, ibi, *Videamus si ex fructibus prædiorum, quæ donata sunt, locupletata sit, an in caussam donationis cadant. & Iulianus scribit, fructus quoque vt vsuras licitam habere donationem.* Quare Iason hanc difficultatem introspiciens *in dict. leg. cum quis. ff. de condit. caus. dat.* respondet, constituendam esse differentiam, inter titulum reuocabilem facto hominis, & legis, & proinde titulum reuocabilem ex facto hominis fructuum acquisitionem minime præstare: Et sic procedere text. *in dict. leg. cum quis,* vbi ex facto hominis, qui voluit variare vsque ad mortem, & non inter viuos, sed mortis caussa donauit. fructus etiam cum re a donatario reuocat, ac repetit, *vt dict. leg. cum quis.* Quo argumento & ratione procedit, quod supra diximus de legatario, cui a defuncto res fuit tradita: de eo etiam, qui emit sub pacto legis commissoriæ vel adiectionis in diem, quos omnes rem teneri cum fructibus restituere, resoluimus. Verum vbi titulus reuocabilis est, ex facto legis illum improbantis, & vsque ad mortem suspendentis. contrarium intellexit Iason fore resoluendum; & sic procedere textum, *in dict. leg. de fructibus,* quæ loquitur in donatione a viro in vxorem collata, ex legis auctoritate improbata, *vt in l. 1. & 2. eod. tit.* vel saltem vsque ad tempus mortis suspensa, *vt in d. l. Papinianus.* Quo casu, quia mitius agitur, cum lege, quam cum homine, fructus interim perceptos suos donatarius facit. Quæ traditio in nominationibus nostris probat vtique, nominantem, qui reuocabiliter nominauit, per pœnitentiam, rem ipsam cum fructibus repetere posse. Siquidem reuocabilitas tituli a facto hominis pẽdet non legis, quemadmodũ pendet donationis caussa mortis, legati, & similium. Quæ vtilis profecto est obseruatio, per quam omnis cessat difficultas.

Nam † quod glossa, *dict. leg. de fructibus,* ait, ex eo in casu illius responsi concedi vxori fructus, quia bonæ fidei fiat possessor, intelligens donationem valuisse, nec a marito reuocari potuisse, omnino non satisfacit: quamuis non me latеat, in ea doctrina glossæ sententiam cõmuni scribẽtium calculo receptam esse. Vt aduertit Salycetus *ibidem,* & Dd. communiter *in l. quod vxor. ff. de acqu.* 12

& Lappus, & Domanus in c. quamquam, in princ. & ibi Franc. col. 2. de vsuris, lib. 6. Laurent. lib. de vsur. q. 44. Panorm. in c. fin. in fi. de vsur. Angel. in summa, verbo. Vsura in 1. §. 55. quibus adstipulatur lex 1. C. si quis alteri vel sibi, vt resoluunt Dd. rem quæsitam ex pecunia mea, etiam mala fide possessam, neque esse meã, nec mihi restituendam. Concordat bonus text. in l. quamuis ex eo, C. de pign. & in l. si patronus. C. commun. vtriusque iudicii, Corneus, lib 3. cons. 152. nu. 2. Conuenit etiam quod habetur in l. cum duob. §. cum erant, ff. pro socio, vbi prædicta, l. 1. C. si quis alteri vel sibi, declaratur procedere, non solum in extraneo, sed etiã in socio, dummodo ille extra caussam societatis acquirat, notant omnes in d. l. si patronus, tradit Petr. de Perusio. libr. de societate. 5. part. q. 1. additio. Alex. cons. 46. num. 11. vol. 1.

14 Caue tamen, quia† Bald. in l. 1. q. 10. C. pro socio, cõtrarium plane probat, asserens, negotiantẽ, qui plurimum ex vsuris comparauit, nõ modo teneri ipsis vsuras restituere, verum etiam omne aliud ex illis comparatum, ne ex alieno fiat locupletior. Adducit optimum tex. in l. qui sine, ff. de negotiis gestis, sequitur Dec. in l. certi condictio. §. fin. nu. 3. ff. si cert. pet. at. qui nõ aduertit eam legẽ loqui & procedere, in eo, qui meus erat negotiorum gestor, & qui propterea mihi, & non sibi negotiari tenebatur: Quocirca quicquid ex pecunia mea acquisiuit, restituere mihi tenetur. l. idemq; §. si procurator. ff. mandati, vbi Vlpian. Si procurator, inquit, meus pecuniam meam habeat, ex mora vtiq; vsuras mihi depẽdet. sed & si pecuniam meam fœnori dedit, vsurasq; consecutus est: consequẽter dicemus, debere eum præstare, quantumcunq; emolumentum sensit, siue ei mandaui, siue non, quia bona fides congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Quod si nõ exercuit pecuniam, sed ad vsus suos conuertit, in vsuras conuenietur, quæ legitimo modo in regionib. frequentantur. Denique Papinian. ait, etiam si vsuras exegerit procurator, & in vsus suos cõuerterit, vsuras eũ præstare debere. Qua ratione, & socius siquid acquirit ex caussa societatis, restituere, & communicare societati tenetur, l. si quis societatem, ff. pro socio. Quod est secus in vsurario, qui quãuis vsuras extortas teneatur restituere, non tñ alii, q̃ sibi, tenetur negotiari, & proinde quicquid parauit, sibi non alii acquirit: & consequenter mihi, a quo extorsit centum per vsuram, nõ tenetur nisi eadem centum restituere, licet negotiando cum illis mille parauerit. Recte igitur in casu, d. l. de fructib. ICtus marito repetenti rem donatam vxori, negat, per vsuram acquisita, atq; fructus industriales, quos vsuris compararat ibi IC. probat: Nostri auctores communi suffragio asseuerãt. Deniq; vt Fulgosii sensus, necessarius sit, nec vllo, modo vitiari possit, vtiliter quidem obseruauit Pinell. in d. l. 2. c. 4. 2. part. de rescind. vend. n. 50. vers. & hac opin. cõmunem sentẽtiam subsistere nullo modo posse, in casu cõtrario, si vxor marito donauit, is n. nullam põt ex probabili iuris errore bonã fidem prætendere, iuxta ea quæ traduntur, per Bart. & Ang. in l. sed si lege, §. scire. ff. de petit. hered. Bald. in c. cum super. n. 5. de caussa possess. & propriet. Qua ratione vel communis sensus reiiciẽdus est, vel necessario dicendum, illum text. nõ procedere, quando vxor marito rem donauit. Quod per quam durum censeo.

Vnde cauendum necessario est a Palatii doctrina in rub. §. 72. in fi. resoluẽtis, fructus naturales perceptos a viro, donatario restituendos fore, non solũ quando donatrix vxor viua aut moriens donationem reuocauit, verum etiam si tacens illam morte confirmauit. Quæ sane resolutio vera non est, neq; defendi potest. Obstat enim dispositio, l. cum hic status. ff. de donatio. inter virum & vxorem, & in l. donationes, quas parentes, in fin. C. eod. tit. quibus probatur, huiusmodi donationes morte confirmari, retroq; trahi respectu fructuum acquirendorum: vt eleganter contra Palatium admonuit obseruandum Pinel. dict. cap. 4. num. 51. in leg. 2. C. de rescind. vendit. 2. part. folio 118.

Verum † quia supra diximus, nominationẽ emphyteuticam, de qua agimus, etiam legato comparari, & ab eo regulandam fore, ac proinde subsecuta reuocatione, nominatum fructus restituere teneri, quemadmodum & legatarius, a quo testator legatum reuocans etiam fructus perceptos auocat, ex Cremensis sententia singul. 15. pro huius materię interpretatione aduertendum censeo, ex iuris dispositione, fructus rei legatæ productos, viuo testatore, ad legatarium minime pertinere, l. quæsitum. 93. §. pen. ff. de leg. 1. tradit Gomezius 1. tomo, c. 12. n. 5. Cuius sententiæ est in promtu ratio, si consideres, legatum suapte natura, post mortem conferri. c. cum Marta. de celeb. missar. dicitur n. donatio quædam, a defuncto relicta, & post mortem ab herede præstanda l. legatum. ff. de legat. 2. & ibi gl. Bart. & Dd. communiter, præsertim Peralta. pag. 501. Dd. etiam in l. legatum, ff. de legat. 1. Menchaca de success. creatio. §. 17. num. 111. Qua ratione fructus in vita testatoris collecti, ad legatarium pertinere non possunt. Et si, vt ego intelligo, legata sit res, cum suis commodis, seu fructib⁹: nam cum legatum dicatur factum cum relatione ad tẽpus mortis ab herede præstandũ, necessario consequitur, ab eo tẽpore legatariũ cõmoda seu fructus duntaxat obtenturũ. licet cõtradicat glo. notabilis verbo commodis. in l. Luc. 22. ff. de leg. 2. q̃ sequuntur ibi Bart. & Bald. & firmat admirabilẽ Paul. n. 2. Peralta. n. 37. Cui sententiæ accedere nunquam potui. Defenderẽ tamen glossæ opinionem, respectu fructuum productorum a tempore mortis testatoris, vsq; ad aditã hereditatẽ: quos ad heredem, nõ ad legatarium pertinere probat IC. in l. si tibi 88. ff. de legat. 1. in §. cum seruus, & voluit gl. notabilis, & cõmuniter recepta, in l. Herennius 42. de vsuris. tradit Menchaca lib. de success. creatio. §. 17. n. 125. cum seq. Quam sane restringerem, nisi res cum suis commodis, seu fructib. foret legata: quo casu vt illa verba aliquid operentur, fructus legatario adiudicãdos censerẽ, vt notabiliter explicat Alex. d. §. cum seruus, ad fi. & Ioan. Dilectus de arte testandi, tit. 6. cautela, 11. licet aliter loquatur Gomezius, 1. tomo, c. 12. n. 5.

Ex quibus † si contingat, testatorem in vita rẽ legatã legatario tradere, an donãdi animo fecisse dicatur, quæstio est a ICto sane decisa, in l. Lucius, 22. ff. de legat. 2. vbi testator mihi militiam legauit, siue pretiũ, quod ex eius venditione posset redigi. Deinde ille militiã mille aureis vendidit, quos viuus mihi statim tradidit: eoque postea defuncto ego militiæ pretium ab herede petere non dubitaui, asserens illos mille aureos in vita testatoris mihi traditos, donatos magis inter viuos fuisse, quam legatum persoluendi animo, & intentione. Respondet IC. existimo pretium militia præstari non oportere, nisi legatarius ostenderit, testatorem, & post factam solutionem, iterum enim pretium militia accipere voluisse. Intelligant inter- 16

pretes noſtri, voluiſſe teſtatorem in dubio preſumi, quando rem legatam viuus præſtat, præuenire heredem in legati præſtatione, quæ poſt mortem eius fieri debuit. vt obſeruarũt Bart. & Bald. & Peralta *d. l. Lucius, ff. de legat. 2. Bald in l. filia, in princ. C. de legat. & in l. 2. num. 5. C. de iure dotium, Romanald. in princ. Instit. de donatio. num. 464.* Quocirca præuentio iſta ſeu rei legatæ traditio, a teſtatore in vita facta, cum reſpiciat exſecutionem legati, non mutabit illius naturam (quæ reuocabilis eſt, *vt ſupra diximus*) ex *regula Clement. 1. in fin. de prabend.* Quamobrem huiuſmodi legatum non obſtante traditione reuocari poteſt, vt nominatim docuit Bart. *in leg legatum, nu. 3. ff. de legat. 2.* & eſt communis & recepta ſententia, *teſte Croto. in rubr. ff. de legat. 1. num. 25. & Afflictus q. 275. Gomezius 2. tomo. cap. 12. Gutierrez. in l. nemo poteſt, ff. de legat. 1. nu. 257.* Quamuis contrarium verius credat Peralta *in d. l. Lucius, ff. de leg. 2. num. 5. cum ſeq.* quo in loco etſi plura hinc inde congerat aduerſus communem argumẽta, illud potiſſimum eſt, quod per huiuſmodi rei traditionem, eſt legatario acquiſitum dominiũ, ex regula *l. traditionib. C. de pact.* cuius dominii translatio natura eſt perpetuæ acquiſitionis. *l. qui ſit. ff de ſolutio. l. fin. & ibi Dd. C. legatis, & in leg. 1. ff. ſi ager vectigal.* Qua ratione ceſſat pœnitentia & variatio, ex regula *l. apud Aufidium, ff. de opiton. legata.* Quæ ſane obiectio tollitur, ſi attendis, mortis cauſſa donationem, non obſtante traditione reuocari poſſe. *l. non omnis ff. ſi cert. pet. iuncta gl. verbo. deceſſiſſe. cum aliis adductis a Couarr. 2. part. rub. de teſt. ad ſi. verſ. his omnib fol. 230.* Quo argumento idem eſt dicendum in legato tradito in vita, quod donationi cauſſa mortis ſolet comparari. *Bal. in l. 1. num. 8. C. ſi quis omiſſ cauſſa teſt.* Traditio enim, quia ad exſecutionem pertinet, & illam reſpicit, determinari debet a cauſſa ſeu titulo præcedente, & ſecundum eum cenſeri & regulari, vt tradit Alberic. poſt Rayn. *in l. legatum, ff. de leg. 2.* & videtur agnouiſſe Bald. *in l. 2. n. 5. C. de iure dot. & in d. l. 1 nu 8 ſi quis omiſſ. cauſſa teſt.* reſoluens, traditionem rei legatæ in vita factam a teſtatore, trãsfundere legatum in donationem cauſſa mortis, cũ maximam ei ſimilitudinẽ habeat propter relationem ad tempus mortis, ſub qua, in dubio rei legatę traditio facta videtur: concordãt plures citati a Tellio Fernandez *in l. 17. Tauri, nu. 85.* licet per multa repugnet Peralta, *d. l. Lucius, a n. 5. vſque ad n 20.* vbi notabiliter infert, ad caſum, quo parens filio, teſtamẽto tertiam legauit. & poſtea tertiæ nomine rem aliquã viuus tradidit. Opinatur enim, per eam traditionem, tertiæ legatum irreuocabile fieri, quaſi in vita illa fuiſſet donata. At *n. 22.* ingenue fatetur, id vix in praxi tãquam contra communem traditionem obtinere poſſe, tradit Peraltæ memor Molina *libr. 4. de primogen. Hiſpan. cap 2. num. 19. cum ſequent.*

Ceterum † hęc communis ſententia intelligenda
17 eſt, qñ teſtator in vita ſub commemoratione legati teſtamento relicti, ad traditionem proceſſit, in qua ſpecie reuocare nihilominus poſſe communis traditio habet. vt aduertit gl. *1. in l. legatum. 37. ff. de legat. 2.* vbi hoc Bart. explicat, *n. 3.* contrarium intelligens obſeruandum, vbi teſtator ſimpliciter nulla legati facta meotione rem tradidit, quia hoc magis reuocabiliter viſus eſt, tradere, ſequitur Paul. *in l. Lucius, n. 3. eod. tit. & conſ. 393. n. 2. vol. 1. Affl. q. 275. n. 5. Iaſ. in l. eam quam, n. 20. C. de fideic. ante verſ. ſeptimus. Gomez. 1. tomo c. 12. n. 4. & 17. Tauri. n. 24.* aſſerit communem Pariſ. *lib 2. conſ. 61 n. 37. & Aym. in rub ff. de legat. 1. nu. 167.* concordat Tellius, *in l. 17. Tauri. n. 86. cum ſeq.* vbi hanc firmat communem, & Gutierrez. *in l. nemo poteſt ff. de legat. 1. n. 257. cum ſeq. Molina etiam libr 4. de primog. Hiſp. c. 2. n. 19. Rom. in prin. Inſt. de don. n. 479.* Couar. *in rub. de teſt. 2. part. n. 21. col. fi. Peralta in l. cum pater §. a filia. ff. de leg. 2. nu. 92. gl e. in l. 1. tit. 9 part. 6. Rominald. in prin. Inſt. de donat. n. 469. Loazes in l. filiusfa. §. Diui ff. de legat. 1. num. 6.*

Quæ † profecto ſententia ſuſpecta admodũ ced- 18
ditur, ex his, quæ ſuperius ſcripſimus, vbi diximus, contrarium probare ICtum *in l. Lucius. 22. ff. de lega. 2.* nec in dubio præſumitur mutata voluntas, *l. cum quis 22. ff. de probat.* Quapropter traditio ſimpliciter facta, debet intelligi ſecundum voluntatem præcedentem non mutatam, quæ reuocabilis erat, iuxta gloſſæ fi. doctrinam *in l. quadam mulier, ff. de rei vindic. Boerius q. 77. n. 2.* prout contra cõmunem & ſicte rectius locutus eſt Bal. *in l filia, in prin. C. de lega. & in l. 2. nu. 5. C. de iure dotium.* & Cremenſ. *ſing. 15. Ripa in l. 1 a nu. 13. ff. quorum legator. & Cotta, in memorabil. verbo. legatum factum.* Plures alios refert hoc idem tenentes Tellius *in l. 17. Tauri, n. 85.* omnino videndus. Numero namque 86. quam plures refert contrarium reſoluẽtes, imo ſimplicem legati traditionem, inducere legati irreuocabilitatem, & tandem, *n. 87. text. in d l. Lucius 22 ff. de legat. 2.* reſpondere conatur, oſtendens hanc communem magis probare. Quod ſane probare non auſim, quoniam text. ille id vnum tantum probat, ſolutum in vita teſtatoris legatum, repeti a legatario iterum non poſſe, niſi ille doceat, hoc voluiſſe defunctum. Præueniſſe enim heredem viſus eſt teſtator, qui legatum viuus ſoluit. Sed *an reuocare talem ſolutionem, ſeu legati traditionem poſſit*, ex eo Iureconſulti reſponſo deduci non poteſt: quare ille textus in neutram valet induci ſententiam.

Sed † vtramuis teneas id ſemper obſeruãdum eſt, 19
traditionem legati factam in vita, ex cauſſa irreuocabili, veluti donationis inter viuos ſeu dotis, efficere, quod amplius reuocari non poſſit. Videtur enim in hac ſpecie, ex cauſſa in traditione expreſſa, legati naturæ contraria, a natura legati receſſum, vt colligitur ex *l huiuſmodi. 84. §. ſi Titio. in 2 ff. de legat. 1.* vbi ſi Titio, Stychus, aut Pamphilus, vtrum eorum malit, legatus ſit, deinde Pamphilum Titio teſtator donauerit, quęrebatur, *an vterq; in obligatione eſſet, an nullus, quoniam iam vnum ex ſeruis habebam, quẽ tantum me defunctus habere voluit?* Et reſpondet IC. Iulian. *Stychus in obligatione manet.* Etenim Pamphilum teſtator cum mihi donauit, a legato receſſiſſe viſus eſt, & propterea quoad illum ceſſat electio: & conſequenter ſi Stychum petiero, vtrumq; obtinebo. alterum ex donatione inter viuos, alterũ vero ex cauſſa legati: Vnde quoties teſtator rem a ſe legatam tradiderit, expreſſa cauſſa donationis aut dotis, vtique amplius rem traditam auocare ab eo, cui tradidit, non poterit, *per text. ibi.* Et conſequenter, ſi ego filiæ meæ centum teſtamẽto legaui, & ex cauſſa dotis viuus eadem illi dedi, reſpondẽdum eſt, legatum extingui, neq; voluiſſe, ab herede præſtandum viuũ ſoluere, vt habetur *in l. filia 11. C. de legat.* Sed *an huiuſmodi dos ſic data, retineat naturam legati*, quæſtio eſt, quã ibi mouet Bald. *d. l. filia. in prin.* & Fulgo. *in n. 2.* reſoluentes, quod ſic. Et conſequenter, quod filia nõ te-

netur

netur huiuſmodi dotem conferre. quemadmodum neque teneretur legatum, ex regula *l. a patre. 1e. C. de collatio.* Concordat Crotus *in l. frater a fratre, ff. de cōd. indeb. nu. 95.* A quorū ſane doctrina per ſupraſcripta ego facile recedo, cum animaduerto, in hac ſpecie legatum fuiſſe transfuſum, in donationem inter viuos, per text. *in d. §. ſi Titio.* Qua ratione in vita dos data, neq; reuocari amplius pōt, nec in reliquis a legato regulari, & proinde ceſſare collationis onus nullo modo: ſiquidem in vita dos eſt conſtituta, nō teſtamēto data, vt notabiliter contra Bald. reſoluēdum credit, Iaſ. *in l. filia dotem. nu. 3. C. de collatio. Gomez in l. 17. Tauri, nu. 24. & Peralta, in l. Lucius, ff. de legat. 2. nu. 19. pag. 124.*

20 Ex † quibus aliquando reſpōdi in cauſſa ardua & magni momenti, parentem, qui filiā ad emphyteuſin teſtamento nominauerat, variare neutiquā poſſe, ſi viuus ex dotis cauſſa, aut donationis, iterū candem emphyteuſin filiæ tradidit. Verum tñ hoc eſſe intelligebam, qñ ſecundam conceſſionem dominicam ſemel tātum ille poterat nominare, vt explicabimus *infra §. 1.* Nam cum per ſupraſcripta fiat transfuſio de legato in donationem inter viuos, ex ſola legati traditione expreſſa cauſſa irreuocabili, nec ſemelfactam nominationem inter viuos parēs reuocare valeat, conſequens eſt, & hanc firmam fore cēſendam. Ceterum ſi variare ille poterat, ex dominica conceſſione huc permittente, vt contingit, qñ emphyteuſis eſt conceſſa cum poteſtate nominandi ad tempus mortis relata, ſola traditio ex cauſſa donationis, aut dotis non ſufficiet, niſi omnino obſeruetur huius legis Regiæ forma, neceſſaria ad conſtituendam nominationem inter viuos reuocabilem. Quod diligenter nota.

Quid eſt igitur tenendum in caſu, quem tractamus? *Tenebitur ne ad emphyteuſin nominatus, nominatione reuocata, rem ipſam cum fructibus perceptis, reſtituere?* Proculdubio ex ſupradicta reſolutione videtur dicendum, quod ſic. Quoniam hoc idem in legato & donatione cauſſa mortis oſtendimus, fore obſeruandū; quibus huiuſmodi nominationes emphyteuticæ omnino comparantur, *vt ſupra aduertimus* Cui tñ ſententiæ, in caſu contingenti quidā nō indocti viri aliquando refragabantur. Sed nos contrariū vt verius, & receptius eſſe arbitramur, obſeruandum, ex auctoritate gloſſę notabilis, *in l. cum pater, §. a filia, ff. de leg. 2. verbo. non eſſe.* Vbi nominatim, in propoſita hypotheſi quærit, *an nominatus in vita, ab eo, qui erat grauatus, eligere, cum moreretur, num de certis, & ſic inutiliter fructus ſaltem retinere valeat, electione reuocata?* Et reſpondet quod ſic, intelligens reſpectu fructuum nominationem, ſeu electionem intempeſtiuam valere, & fore obſeruandam, ſequūtur Dd. ibi communiter, & Paul *in l. poſt mortem, C. de fideic. n. 2. poſt Cuman.* concordat Molina, *libr. 2. de primog. Hiſp. c. 4. nu. 31.* & Peralta, cuius iam meminimus *ſupra q. 2. n. 20. verſ. 4.* Quo quidem argumento, & auctoritate reſpondendum neceſſario eſt, nominatum ad emphyteuſin, & in illius poſſeſſionē miſſum fructus ſuos facere, & ſi reuocabiliter fuerit nominatus, vt eleganter obſeruauit clariſſimus ſuo ſeculo IC. Goncalus Valaſc. *in l. vnum ex familia in fin. prin. ff. de legat. 2.* paucis hoc notum eſſe aſſerens. Neque, vt eximius ille vir ait, vrgent quicquam in contrarium adducta, quoniam ſolum procedunt, in eo, qui reuocauit donationē, ſeu legatum ſuæ propriæ rei, quam donatarius ab ipſomet reuocante habet, nō ab alio: in qua ſpecie rem auocans, ſimul & fructus repetit, non ſic, qñ ab alio donatarius capit, nō ab ipſo donante, vt contingit in emphyteuſi, q̄ nominatus a domino directo, non ab ipſo nominante capit, vt ſæpius aduertimus per text. *in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de legat. 2.* Quæ ꝑfecto vtilis eſt in praxi reſolutio, per q̄ ego etiam aliquādo reſpondi, in fauorem viri nobilis, in quem agnatus, maioratus ſucceſſionem ceſſerat, cum moreretur, & ſic reuocabiliter, pati quidem reuocationē poſſe, fructus tamen interim ab eo perceptos, retinere iuſte poſſe ex ratione ꝓxime ſcripta, quia hos magis a primo cōcedēte, q̄ ab ipſomet agnato, qui ſucceſſionem ceſſit, habere cenſetur, *vt in d. loco Valaſc. adnotauit.*

Verum † contrarium neceſſario reſpondendum eſt, ſi primus maioratus conditor & inſtitutor, qui me teſtamento, aut aliter reuocabiliter nominauit, poſt eius mortem ſucceſſorē, forte ipſum maioratum, ſeu bona illi vnita & incorporata ceſſit, & tradidit, aut eorum partem aliquam. Is n. ſi poſtea electionem reuocauerit, bona ipſa cum fructib. auocabit. Militant enim in hac ſpecie rationes, & argumēta omnia ſupra adducta, quib. probauimus mortis cauſſa donata, aut ex ſimili titulo reuocabili, ſimul cum fructib. a conferente reuocari. Ceſſatque ratio ꝑſcripta, qua cū eximio Valaſc. negauimus, id obtinere poſſe emphyteuta in nominante, q licet rē ipſam repetat, fructus tñ a nominato auocare non pōt: quoniā hos a dño directo magis, q̄ ab ipſo nominante capit. Ceſſat inquā hęc ratio in primo maioratus conditore, a quo ille electus, nō a quopiā alio capit. Et ꝓpterea ſine dubio reſoluendum eſt, rem cum fructib. auocare. Quamuis Greg. Lopez *in l. 2. tit. 15. part. 2. in gl. 1. col. fi. poſt prin.* contrarium obſeruandum opinetur, ex auctoritate Baldi *in l. vxor patrui, in fin. C. de legat.* volentis, textum ibi quatenus ꝓbat, inutile eſſe legatum vſusfructus, ab eo relictū, qui tñ vſusfructuarius erat, ſiquidem morte vſusfructus finitur. *vt in §. finitur. Inſt. de vſufr.* non ꝓcedere reſpectu interuſurii, ſeu fructuum, quādiu ille vixerit, colligendorum, ſi modo teſtator vſumfructum legans, ad rei, ſuper qua ille eſt cōſtitutus, traditionem ꝓceſſerit, citat Bald. textum, *in l. ſi mulier. 13. ad fi. ff. de leg. at. 3.* vbi Vlpian. poſtquam reſpondit, creditorem a debitore, qui illi debitum legauit, grauari non poſſe, quia nullum prorſus conſiderabile, & pecuniariū cōmodum ex eo legato eſt cōſecuturus. Subdit contrarium fore obſeruandum, ſi vſufructuarius ꝓprietario vſumfructum mortis cauſſa ceſſerit. Poteſt n. is grauari, & ei onus aduci, & ſi certum ſit, vſumfructum eius, qui ceſſit, morte exſtinguendum fore. Nam inquit IC. *medii potius tēporis, quo viuat, qui donauit, commodum cogitamus.* Eſt n. illud medii tēporis interuſurium conſiderabile, quia cōmodum pecuniarium habet. Qua ratione, ꝓ illius vtilitate imponi onus recte pōt, *vt ibi, & in l. ab eo, C. de fideic.* Quo argumento, & auctoritate Greg. Lopez, *in prædicto loco*, arbitratur, maioratus conditorem, qui ſucceſſorem in vltima voluntate, & ſic reuocabiliter nominauit, vtiliter in vita tradere reſpectu ſaltem fructuum, qui ad nominatū percipientem pertinebunt. Intellexiſſe aūt Greg. Lopū, irreuocabiliter fructus ad nominatū pertinere neceſſariū eſt, ex auctoritate Baldi, quem citat, q ſimiliter ꝓbat legatum vſusfructus tenere, ſi in vita per viam 21

ceſſioois, fiat illius traditio, vt habetur *in l. ſi mulier, ad finem, ff. de legat. 3.* vbi de irreuocabili ceſſione fit mentio, quo caſu, *vt iam ſupra aduertimus*, mortis cauſſa donatio, & legatum per traditionem in donationem inter viuos irreuocabilem transfunduntur, ꝙ admitti exſtantibus ſupraſcriptis, nullo modo poteſt, in primo maioratus conditore, a quo nominatus vere, non ab alio capit. Quamobrem eius traditio, & reuocatio regulari debet ex iuribus ſupra adductis. Quibus probauimus, rem traditam ex titulo reuocabili, euinci poſſe ab eo, cui tradita eſt, cum fructibus ex ea perceptis: licet contrarium ſit reſoluendum, in nominato ad emphyteuſin, qui a domino directo, non a nomioante capit, *vt Goncalus Valaſc. egregie dicebat.*

22 Ex † quibus ita perpenſis, vtiliter defenditur, verũ eſſe, quod plus millies in ptaxi reſpondimus, variationem nominationis a lege noſtra in hoc principio permiſſam, non impediri per rei emphyteuticæ traditionem, ad quam licet nominans progrediatur, vatiare poterit, vſque ad mortem, vt hac Ordinatione plane cauetur. Cui reſolutioni pręſtat argumentũ mortis cauſſa donatio, (cui hæc poteſtas nominandi comparatur) quam poſſe reuocari non obſtante rei donatæ traditione, vt iã ſupra diximus, *n. 16. per l. non omnis, ff. ſi cert. pet.* iuncta gl. Solet n. rei traditio regulari a cauſſa & titulo præcedente, vt ibidẽ aduertimus, idem reſoluentes in legato, teſtamento relicto, cuius ſimiliter traditio reuocationẽ non impedit, *vt ſupra n. 18. & q. 2. n. 32.* Iuxta q̃ interpretationẽ regulanda eſt, neceſſario hæc nominatio emphyteutica, de qua agimus ad tẽpus mortis relata, q̃ fore mortis cauſſa donationi cõparãdam tractabimus, *in tract. de acq. emph c. 16. n. 28.* Nec minns cõducit, ꝙ diximus *ſupra n. 7.* reuocata nominatione teneri nominatũ ẽt fructus reſtituere, quos interim ex re emphyteutica percepit. Quod minime obtineret, ſi traditio variationem impediret.

23 Quæ ſane † reſolutio intelligenda eſt neceſſario, qñ nominans poſt mortẽ ſuã, ſeu cum moritur, vel ẽt teſtamẽto, aut codicillis ſtatim rẽ ipſam emphyteuticã nominato tradidit. In qua q̃dẽ ſpecie, quẽadmodum ipſa nominatio ſeu titulus eſt reuocabilis, ita ẽt & traditio, q̃ tanquã reſpiciens exſecutionem tituli reuocabilis, non põt, nec debet illius natutam mutare, *ex regula Clem. 1. in fin. de preb.* Quod idem reſpondeodum eſt, qñ ex interuallo, aliquo iã tempore lapſo, poſt factam oominationẽ, emphyteuta rem nominato tradidit, ſub commemoratione tñ nominationis factæ: quoniam etiam hoc caſu videtur cauſſa, & titulus præcedens repetitus, & ad illius exſecutiooem adiecta traditio, quæ impedire per ſupra ſcripta exſecutionem non valet, vt in legato tradito a teſtatore in vita ſub commemoratione cauſſæ præcedentis, reſoluit Bart. *in l. legatum, ff. de legat. 2. nu. 3.* Contrarium obſeruandum fore reſoluens. qñ ſimpliciter viuus teſtator rem legatam tradidit, quia tunc magis ioter viuos donare, & a cauſſa legati reuocabili recedere viſus eſt. Quæ cõmunis reſolutio eſt, vt iam ſupra aduertimus, *nu. 16. & 17.* Quamobrem eodem argumẽto, idem quoq; in nominatione, q̃ tractamus, reſpondẽdum eſt, ſc. traditionem ex interuallo factã impedire nominationis reuocabiliter factæ reuocationem: quaſi nominans emphyteuta magis inter viuos, voluerit de nouo nomioare, a priore recedens mortis cauſſa facta nominatione. Quæ profecto reſolutio retenta, communi Bartoli ſententia, *d. l. legatum*, neceſſaria eſt, eo tamen caſu, in quo emphyteutæ ſimpliciter conceſſa eſt nominãdi poteſtas: in qua ſpecie ſemel tantum in vita nominare poteſt, *vt infra §. 1. hoc titu. habetur.* Quocirca quemadmodum ſemel factam in vita nominationem renocare non valet, ita nec iſtã ex interuallo, ex traditione rei emphyteuticæ reſultantem: quoniam hæc id ſolum babet, inter viuos, quandam oominationem irreuocabilem, quia prioris cauſſæ reuocabilis non fuit facta mentio.

Vnde † ſi ex dominica conceſſione variare emphyteuta poteſt, quemadmodum contingit, in caſu huius Ordinationis *in princ.* ſi huiuſmodi caſus incidat, ſine vlla difficultate, cõcedenda reuocatio eſt: quoniã in cõfeſſo eſt, in caſu huius principii omnẽ inter viuos factã nominationẽ reuocari poſſe, niſi omne ius emphyteuticum emphyteuta cedat, *vt infra dicemus.* Idẽ ꝙ noſtri interpretes gl. & Bart. *in d. l. legatum, ff. de leg.* 2. reſoluunt, traditionem rei legatæ, poſt teſtamentum factã inducere legati irreuocabilitatẽ, ſine dubio ꝓcedit, quia teſtator, ſic tradẽs citra legati cõmemorationem maluit inter viuos dare, & ſic irreuocabiliter per receſſum a natura legati, vt ex ipſiſmet auctorib. qui Bartolum ſequuntur, palam colligitur, & ex Ferd. Lopez, *in l. filiusfamil. §. Diui, ff. de legat. 1. nu. 6* vbi adducit tex. *in l. datum. 17. C. de legat.* perpendendo verbum, *dare*, de quo ibi ad actũ inter viuos neceſſario referendũ eſſe. Quocirca variandi amplius facultate caret, ex regula, *l. ſicut ab initio. C. de act. & obl. & l. perfecta donat. C. de donat. quæ ſub modo, cũ vulg.* Quæ quidem reſolutio noſtris nominationib. retento Themate conceſſionis factę iuxta hanc Ordinationẽ *in prin.* adaptari nõ poteſt, quoniam & lex noſtra Regia ꝓbat, inter viuos factã nominationem reuocari poſſe, niſi omne ius emphyteuticũ, nominãs cedat. Et eſt ratio, q̃a ſimpliciter nominãs videtur ſe referre ad formã cõceſſionis, & ſecundũ illã per relationẽ ad tẽpus mortis nominare, & ſic reuocabitur. Aliter ſola traditio rei emphyteuticæ fortior erit, q̃ cum traditione facta ſimplex nominatio. Quia nefas eſt, & graue abſurdũ: ſi pſertim cõſideres ꝓdictã traditionẽ plura cõtinere ſpecialia. Si q̃dem induceret receſſũ a mortis cauſſa datione ꝓducentẽ effectũ donationis inter viuos. Induceret ẽt, ꝙ ſimplex illa nominatio ex traditione ꝓducta, erit irreuocabilis, nõ reſeruãda ad tẽpus mortis, iuxta formã cõceſſionis. ꝙ eſt contra ea, q̃ habentur in *l. 1. C. de dotis promiſſ.* Nec vlla iuris ratio patitur, ꝙ ſimplici traditioni pluſq̃ã nominationi & traditioni tribuendũ ſit. Quamobrẽ ſtãte dominica conceſſione, de qua *in princ. huius legis*, nullo modo concedere poſſumus, negandam fore nominanti reuocationẽ. Quod ſedulo obſeruandũ eſt. Aliter neque, ꝙ lex iſta ꝓbat, habentẽ poteſtatẽ nominandi, cũ moritur poſſe, vſq; ad mortẽ variare, defendi commode põt. Neq; ẽt, ꝙ ſuperius diximus, nominatione reuocata, rem ipſam emphyteuticam, cum fructibus reuocari: In qua ſpecie ſine vlla hæſitatione, præſupponitur, rem fuiſſe nominato traditam. iuxta tradita *in l. Titia. ff. de ſolutio.* Aliter enim, niſi ille poſſideat, inepta eſt fructuũ quæſtio, & repetitio. Et hoc eſt profecto, quod apud Paris. legitur, *lib. 2. conſ. 16. n. 9. cum ſeq.* donationẽ cauſſa mortis, vel q̃uis aliam reuocabilem, ex eo irreuocabilem 24

bilem

bilem non fieri, quod fuit ad traditionem processum, etiamsi adsit clausula, *Ex nunc prout ex tunc.*

25 Ego in comprobationem huius traditionis, inducere sum solitus, textum, qui cum iudicio perpensus hanc plane confirmat sententiam, quod rei emphyteuticæ traditio in consideratione non sit, cum quæritur, *an de ea facta nominatio reuocari possit.* Hic est text. *in §. 2 infra hoc tit.* Vbi Lusitanus legislator hanc rem cõsiderãs, sanxit solum titulum nominationis conferre nominato ius irreuocabile, etiam ignoranti & absenti, & consequenter, & si traditio non interuenerit; Sola ergo nominatio ipsa est in hac materia attendenda, & secundũ eã resoluendũ est, sit ne ius irreuocabile nominato acquisitũ, nec ne, non traditio consideranda, quæ cum executionem respiciat, nequit robur aliquod nominationi addere.

26 Quamobrem † sæpius intrepide respondi, cõstituti clausulam & fructuum reseruationem, nominationem, de qua agimus, non efficere irreuocabilem, *ex Paris. lib. 2. cons. 16 n. 11. cum seq.* Nam quod veræ rei traditioni negamus, per suprascripta fictæ concedere non valemus, facit Loazes *d. l. filiusfamil. §. Diui, n. 6. in fin. ff. de leg. 1.* vbi vix concedit, huic clausulæ constituti eundem effectum, quem Bar. & cõmunis *d. l. legatum*, tribuunt veræ traditioni rei legatæ quod etiam in praxi vtilissimum est. Nec meo quidem iudicio ad rem facit, quod in *l. serui electione, in princ. ff. de leg. 1.* communiter Dd resoluunt, cessare eligendi potestatẽ, postquam translatum est dominium in nominatum, vt habetur *in l. apud Aufidium, ff. de optio. leg. Ripa post alios in d. l. serui electione, in princ. n. 1. & post Socinum, col. 2.* resoluens, per traditionem dici factam plenam executionem, quæ impediat variandi facultatẽ, tradit Peralta *in l. Lucius, a nu. 5. ff. de leg. 2.* Doctores *in l. 17. Tauri*, resoluentes, hoc argumento & ratione defendi posse illius legis dispositionem, *& 44 eod. lib.* quatenus disponunt, validam, firmamq; esse de tertia factam, a patre donationem in fauorem filiifamilias, si modo traditio intercesserit vera, siue etiam ficta, per clausulam constituti, vt in ea l. 17. Tauri obseruauit, gl. *verb. Possessionis, fol. 58. col. 2. Peralta in l. vnum ex familia, in princ. n. 19 ad fin. ff. de legat. 2.* In qua quidem dispositione ea lex est notabilis, tanquam noua iurisque præcepta violans, vt ibi obseruauit Tellius *in princ.* Tantum enim abest, vt ea legis sanctio a iuris principiis proficiscatur. Quamobrem ad tertiam, in qua loquitur, necessario restringenda est, neque vllo modo ad donationem quinti extendenda est. Hoc enim etsi traditum a patre sit, reuocabile erit, secundum iuris communis præcepta, quæ docent, paternam donationem etiam traditione confirmatam reuocabilem esse, quamuis morte possit confirmari *l. donationes quas parentes, C. de donat. inter virum & vxorem. l. 2. C. de inoff. donat. Ant. Gomez. d. l. 17. Tauri, & ibidem Tellius, n. etiam 4.* secundum quã regulam quinti donatio, de qua *in d. l. 17.* non est facta mentio, est sine dubio censenda, vt post Anton. Gomez. *d. l. 17. Tauri.* resoluit Tellius, *n. 7. & 11.* Non est enim rei traditio potens, ad impediendum a iure concessam reuocandi potestatem. Quocirca neque in casu, quem tractamus, illa impediri debet, quamuis emphyteuta ad rei traditionẽ procedat. Porro, quę in *d. l. serui electione*, habẽtur, ad eum casum spectant, in quo non est nominatim ante mortẽ cõcessa eligendi potestas, seu cum eligere debens morietur, qui est casus noster, in quo dñs directus emphyteutæ eo ipso concessit, vsque ad mortem, variandi facultatem. Quapropter dicta *l. apud Aufidium, ff. de optione legata.* dispositio adaptari magis potest casui, in *§. 1. infra* hoc titulo pertractato, vbi simpliciter emphyteutæ fuit nominandi concessa potestas, nõ ad tempus mortis. Quare illi variãdi negatur facultas, ex ratione *d. l. apud Aufidium*, quia per eam nominationem, etiã absenti & ignoranti, ex dominica concessione ius irreuocabile acquiritur, licet nõ sit ad traditionem deuẽtum, *vt in §. 1. hac l. probatur.* In quo sane maximam habet similitudinem cum legato, cuius electio prima reuocari nequit, quia ipso iure eius dominium transit in legatarium, ex regula, *l. a Titio, ff. de furtis*, sic etiam emphyteutica nominatio, in casu dicto *§. 2 infra hac leg.* semel facta non reuocatur, quia ipso iure nominato ius acquiritur emphyteuticum, & irreuocabile, vt *in d. §. 2.* expresse cauetur.

Verũ † hæc omnia intelligenda sunt, nisi constet, emphyteutã nominantẽ omnino hãc a se potestatẽ variãdi abdicare voluisse, quod in terminis legis nostræ in hoc principio, quando est nominãdus incertus de incertis, iã supra resoluimus fore obseruandum: quia non est, qui de huiusmodi irreuocabilitate cõqueri possit. Cuius contrariũ resoluendũ est, quando est eligẽdus, incertus de incertis, ne iis, qui mortis tẽpore superetunt, aliquod præiudiciũ inferatur, ac generetur. Ex his quæ habentur *in l. cum pater, §. a filia, ff. de legat. 2.* In casu itaq; legis nostræ *hic in princ.* si cõstiterit emphyteutam, quẽpiam irreuocabiliter nominare voluisse, sine dubio omnis variandi potestas cessabit, queãdmodũ cessat, quando testator legatũ ab herede præstandũ, viuus legatario inter viuos dedit & tradit, *iuxta not. in l. Lucius 22. ff. de lega. 2.* quo ẽt exẽplo, idem in donatione caussa mortis respondetur, ex donãtis voluntate irreuocabilẽ fieri, *vt in l. vbi ita donatur, ff. de donat. caussa mortis, tradit Paris. lib. 3. cons. 33.* 27

At *qualiter probabitur, emphyteutã nominando, a seipso potestatem iterum nominandi abdicare voluisse*, vtilis admodũ est quæstio, & in foro frequẽs, ac necessaria? Lex nostra regia *in hoc princip.* vt interpretabatur insignis & excellens IC. Goncalus Valasc. olim Conimbricæ professor eximius, hãc quæstionem indecisam nõ reliquit, dũ subdit, *Trespassando na dita pessoa todo o dereito que na dita cousa afforada tenha, ja nã podera nomear outra vez. &c.* Quibus verbis, vt Goncalus Vaz obseruauit *in l. vnũ ex familia, ff. de leg. 2.* plane constat, emphyteutã tũc demũ amittere variãdi facultatẽ, quando nominato cessit, & concessit omne ius emphyteuticũ, quod habebat. Quæ verba intelligebat vir ille doctissimus, necessario fore adiungẽda emphyteuticis nominationib. quo firma, stabilis, & immutabilis nominatio ab eo facta, qui per relationem, ad tẽpus mortis, nominandi potestatem habet, esse possit: intelligens aliter, etiãsi ad rei traditionẽ processum sit, impediri nominationis reuocationẽ nõ posse. Inducebat vir ille vltra dicta verba legis Regię Aretinum *in l. si an prim. col. cum seq. ff. de verb. obl.* resoluentẽ, posse eligendi potestatẽ cedi, & in aliũ trãsferri, procuratorio saltẽ nomine, *vt ibi per eũ et. & nos latius diximus in tract. de nominat. emph. quæst. 6. nu. 22.* Quod agnoscens legislator Lusitanus, in hoc principio, intelligens nominantem emphyteutã, ex emphyteutica, seu dominica concessione facultatẽ ha-

bere,& ius nominandi pluries vſque ad mortem, & conſequenter poſtquam nominauit vnum, adhuc penes eum manere poteſtatem nominandi alium: ne quomodo hoc facere poſſet, declarauit oportere,illum in fauorē nominandi cedere omne ius emphyteuticum,quod habet, quaſi aliter ſit retēturus eam poteſtatem alium nominandi: ſubmota ꝓcul differentia, & controuerſia, ſit *ne conceſſa poteſtas eligendi incertum de certis, vel de incertis.* Quæ ſane abrogāda eſt, quoniam quo ad reuocationem, de qua agimus,totum negotiū facit, ad tempus mortis relata nominandi facultas, non nominandorū qualitas. Et ſi verum ſit, quod ꝓꝑ præiudicium eorū, qui mortis tempore ſupererunt, mortuo irreuocabiliter nominato filio,ſeu agnato,aliū de familia omnino nominare debet *per l. cum pater, §. a filia, & §. hereditatem, ff. de legat. 2.* quæ vtilis eſt ēt traditio & notabilis declaratio, ad ea, quæ iam ſupra reſoluimus. Nam quemadmodum pōt emphyteuta,q nominādi vnum de certis facultatē habet,ſimpliciter vnum nominās, ſubticere,nec aliū nominare,ſi velit, vt ſic ꝓdicta ſimplex nominatio morte ſua confirmetur, ſi ille ſuperuiuat nominatus:ita ēt ſi a ſe variandi facultatem abdicauerit, adſtringetur inuitus variādi ſpe carens, niſi ille prius decedat, nominati mortem exſpectare:quo caſu,non ex parte ſua,ſed magis ex ſuperueniente caſu,& nominati ſuſcitatur poteſtas iterum nominandi, ne aliis, qui ſupererunt tēpore mortis,fiat præiudicium. Ea igitur in hoc caſu obſeruanda differentia eſt,inter certum de certis,& de incertis nominatum:q̄ iſte irreuocabiliter nominatus emphyteuſin ad ſuos tranſmittit heredes, *vt hic in fin prin. cauetur*, ille vero nomine, quia repugnat domini directi voluntas, negans quēpiam aliū, quā vnum de ſuperſtitib. tempore mortis emphyteutæ, poſſe nominari. Quod etiam diligenter nota.

29 Hic†vero non alienū ab inſtituto fore exiſtimo, qn̄ in hac Ordinatione transferendi verbū vſurpat, ibi *Traſpaſſande*, exponere, qualiter hoc verbū apud ICtos accipiatur. Transferre enim, idem eſt, q̄ conuertere, deſtinare, *text. in l. vinaria vaſa 209 ff. de verb. ſig.* ibi: *quoniam ad alium transferri poſſent.* Facit lex, *Si cui, verſ. deinde, ff. quib. mod. vſusfructus amittitur*, ibi: *Deinde, & ſi hiſtrioni reliquerit vſumfructum, & eū ad aliud miniſterium transtulerit.* Significat ēt tranſmittere,ſeu mutare, quaſi de vno ad alium ferre, ire. Et interdū reſpicit perſonas, *l. pen. ff. de vacatio mun.* Nihil n. tā conueniens ęquitati naturali, q̄ voluntatē dn̄i violētis rē ſuā in aliū transferri, ratā haberi, *l. qua ratione, §. 1. in fi. ff. de acq. rerū do. l. 1. ff. de conſt princ.* Et IC. *in l. cum patri famil. ff. de vſur.* dicit, *ad cæteros quoq; deinceps tranſmittitur, l. nō vult heres. ff. de reg. iur.* Vnde perpetuæ ſepulturæ corpora non poſſe transferri ſcribit IC. *in l. 3. §. perpetuæ, ff. de ſepulcro violato & in §. D. Adrian.* ibi: *dicitur transferri corpus.* Et IC. alibi ſic ait. *Eſſet n. abſurdum quem prætor manente patria poteſtate ad actionem admittendum probauerit, ei patrifamilias vltionem iniuriarum ſuarum eripi, & trāſferri ad patrē, qui eam, quantum in ipſo eſt, omiſerit, l. ſed ſi vnius, in fin. ff. de iniuriis, & in §. ſed et ſi pater*, ibi: *Sed et ſi pater lite conteſtata, cœperit abeſſe, vel etiā negligere exſecutionem patr viliſ, dicendū eſt, cognitam tranſlationē filio competere*, facit lex non diſtinguemus, §. quæſitum, ibi, *aut in alios interdum inimicos agentium transferantur.* & verſ. *non aūt idem* Item ſicut legatum adimi pōt, ita & in alium transferri, veluti hoc modo,

quod Titio legaui id Seio, do lego, q̄ res in perſona Titii tacitam ademtionem continet. Quæ tranſlatio fit quatuor modis, *vt in l. ſicut. & l. ſeq. ff. de adem. legat.* Quandoq; verbū transferre reſpicit tēpus, *l. ſi rat. §. ſuperuacuum. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſoluitur* ibi: *Doli mali exceptio inerit trāſlata ad præſens tempus*, i. e. *tranſmiſſa.* Facit lex *immunitatis, ff. de iure immun.* Aliquando vero reſpicit locum, & tunc transferre eſt loco ad locum ferre, mutare, traducere, *l. cum hi, §. in cauſſa, ff. de tranſact.* ibi: *Aut ſi deſtinet domicilium transferre*, quod domiciliū re & facto transfertur, *l. domicilium. ff. de municip.* re, per mutationē rerum & fortunarū, *l. in leg. Cenſoria eod.* facto, qn̄ quis alio iuit habitatum animo conſtituendi ibi domicilium, tunc facto domicilium transfertur, facit lex *in fraudem, §. Conductor, ff. de iure fiſci, l. 1. §. pen. de vacatio. muner.* In prouinciam transferatur, *l. ſed & ſi reſtituatur, §. ſed & ſi dies, ff. de iudiciis, l. ſi cui, in fi. ff de ſeruit.* & IC. exprimit, in locum commodiorem licere transferre, *l. dum fratres, ff de relig.* Inde argentarius, ſi inſtrumentum tranſtulit, i. e. de vno loco, in alium locum tulit, vel commutauit, *l. prætor in fi. ff. de edendo*, transferre merces in aliam nauem, *l. ſi. § 1 ff ad leg. Rhod. de iact.* inde translata arbor, *l. idem Pompon. §. de arbore ff. de rei vend.* Transferre corpora, de loco in locum trāſmutare. Vnde ſiquis in inſulam deportatus, vel relegatus fuerit, pœnam etiam poſt mortem manet, nec licet cum inde transferre aliquo, & ſepelire inconſulto principe, *l. 2. ff. & C. ad l. Iul. ... l. cum in diuerſis ff. de religioſ.* Et ne corpora, aut oſſa mortuorum detinerentur, aut vexarentur, ne ve prohiberētur, quominus via publica *transferrētur*, i. e. tranſueherētur. Interdum reſpicit materiam, vt transferre pœnam, tranſmittere, commutare de vna in aliam, *l. aut damnū, §. quiſquis, & § ſeq. ff de pœnis*, vbi in vno §. vſus eſt verbo, tranſmittere, in alio transferre. Transferre in aliud nomen, eſt delegare, ſeu nouare *l. partem, ff. de condict. furt* ibi: *In aliud nomen, aliamq; ſtatū obligationis transferatur.* Transferre iuriſdictionem eſt mandare, delegare, *l. nemo pōt ff de reg iur.* ibi: *Nemo poteſt gladii poteſtatem ſibi datam in alium transferre*, iuncta *l. obſeruare, ff de officio Procon.* vbi in vna eſt, mandare: in altera transferre. Litem transferre, eſt tranſmittere iudicium trāſfundere, *l. poſt litem cum l. præced. ff. de procur. l. quæ omnia, iuncta l. ſed etiam. cū l. ſeq.* ibi. *transferre iudicium, l. in cauſſa, ff. de procurat. l. & eleganter, §. pen. ff. de dolo l. ſi eum hominem ff de fideiuſſ l. tam ex cōtractib. de maleficiis, l. prætor ff. de noxalib.* inde, Translatum iudicium, *l. 1 in fi. ff. quib. mod. pign. vel hypoth ſol.* Transferre venditionem, pro reſoluere, *l. ſi is qui. §. ſi ſunt duo, ff. quod vi aut clam.* ibi: *Fundo n. in diem addicto & cōmodum & incōmodum omne ad emtorem pertinere, antequam venditio transferatur*, iuncta *l. 2. ff. de in diem addictio.* i. e. antequā reſoluatur, & ad alium tranſmittatur. *Omnia quæ de duob. reis dicta ſunt, & ad reum & ad fideiuſſorem, ſi fuerint, transferre licebit, l. ſi reus ff. de cond. indeb.* i. e. dicta, & ſtatuta in duob. reis, habent locum in fideiuſſore, & reo, ſi ſoluerint, & ſtatuta in reis duob. cenſentur in his ſtatuta. *Querelam ad heredem ſuum transferre* pro tranſmittere. *l. poſthumus, in pr. iuncta l. ſeq ff de inoffic. teſt.* vbi in vna l. eſt trāſferre, in alia trāſmittere. *Trāſferre pignus, l. 2 ff de diſtract. pign.* Transferatur hereditas ad fiſcū, id eſt, applicetur, cōfiſcetur, *l. pen ff. de iure fiſc. cū l. ſi ſequens. ff. ad Syllanian.* Et translata prædia fiſco vindicantur, *l. ... in fi. prin ff. ad mun. ...*

Tranſ-

Transferre obligationē, ꝓ transmittere, trāsfundere, l. 1. ff. de nouatio. l. & eleganter, §. Seruus, ff. de dolo, & l. & patri, §. si minor ff. de minor. & l. fi is cum ff. de interrog. actio. & l. eo tempore, §. etiam, ff. de peculio, l. quamuis §. Marcellus, ff. ad Vellea: & l. vir vxori eiusdem, & l. pater. § si minor. ff. de minor. Transferre pro vertere, vt Græcos in latinam linguam auctores transferre, l. si. ff. de colleg. illicit. ibi. Et hæc videtur ex lege Solonis translata. & transferre apud Rhethores, est cum ꝓpriam significationem, ad aliā vertimus, de quo Quintil lib. 8. Translatio, exornatio est, Græce dicitur μεταφορά, cum verbum in quandā rem transfertur ex alia re. Quod propter similitudinem recti videtur posse trāsferri. Vnde Cicero de Oratore ait. Translationes quasi mutationes sunt, cum quod non habeas, aliunde sumas. Et postea subdit Translata verba quasi stella illustrant orationem, Alciatus lib. 1. parergon cap. 10. Et prætor decernere debet translationem iudicii, in statuliberum fieri, l. prætor, ff. de noxal. action. De iure vero Pontificio translatio est, de vna in aliam Ecclesiam legitime facta mutatio, vt in Rub. de translatio. Episcopo cunctio capit. mutationes, 7. quæst. 1. de qua late Rebuffus in praxi benef. 1. parte. titul. de translatio. Episcopo. Interdum Monachus de vno Monasterio ad aliud transfertur, de quo in cap. cum singula §. 1. de præbend. in 6. & in cap. si quis iam translatus 22. quæst. 2. de quo Rebuffus in praxi de translation. Monacho. Translatiuum etiam dicitur apud Ciceronem de inuentione. Cum autem actio translationis, aut commutationis indigere videtur, Constitutio translatiua appellatur. Vel translatiuum dicitur vulgare, & publicum, non eximium, sed plebeium ac vsitatum. Inde translatiua officia, vulgaria vocantur, & ab omnibus vsurpata, non ab intimis modo, & his, qui exquisite amicitiam colunt, teste Budæo in annota l. 10. in Pandect. in l. ex emto. ff. de actio. emti. Translatiue, id est, defunctorie, vulgari, & non accurata diligentia, Budæus vbi supra textu. in l. 1. §. prævaricatorem, ff. ad Turpill. ibi, prævaricatorem eum ostendimus esse, qui colludit cum reo, & translatiue munere accusandi defungitur eo, quod proprias quidē probationes dissimularet, falsas vero excusationes admitteret, & in l. 1 ff. de Iure patron. dicitur, patronorū querelas, aduersus libertos, præsides audire debent, & non translatiue exsequi debent, non negligenter, nec leuiter, seu remisse, vel perfunctorie, sed translatitie legit Anton. Augustin. in tit. qui pot. tuto. non translatiue, quod verbum iunctum esse ab edictis prætorum, translatitiis asserit, in quibus nullam curam adhibebant. hoc idem perfusorie, dicitur, lusorie, l. qui libertates, §. sed & si quis, ff. de vinctio. & l. si seruus plurium, §. 1. ff. de leg. 1. Dicimus etiam transferre actionem, in l. si eum, in fin. ff. de exercitor. actio. ibi. Hoc enim casu non transfertur actio, sed adiicitur. Translata onera actionis, id est attributa, trāsmissa, l. plane. ff. familiæ Hercisc. vbi prius dicit attributa, postea trāslata. Et translata pecunia, in l. si pater 2. ff. de iure dotiū. Transferre sortis petitionem censetur, qui hereditatem restituit. l. si post. ff. de const. pecu. Transferre ius, id est, cedere, l. non solum, 2. ff. de noxalib. l. item cum l. se quen. ff. de alien. iud. Ius translatū, cessum dicimus, l. cum in fundo §. si vxor, ff. de iure dot. item nemo potest plus iuris ad alium transferre quam ipse habet, l. nemo potest, ff. de regulis. iur. & traditio nihil amplius transferre debet, vel potest ad eum, qui accepit, quā est apud eum, qui tradidit l. traditio, ff. de acquirend. rerū dom. & in l. quod nostrum, ff. de vsufruct. Translatis Reipub. Regimentis, l. 1. in prin ff. de offic. præt. Dicimus quoq; transferre possessionem, tex. in l. qui restituere, ff. de rei vendi. ibi. manu militari officio iudicis ab eo possessio transferatur. & in leg. final. ff. eodem, & l. Iulia, ff. ad exhibend. & §. si quis rem, ibi, translatam in aliud corpus. ibidem. Vel interdum solam possessionem pignus transfert, id est, tribuit, leg. cum & sortis in fin. ff. de pignor. actione. Transferre conditionem, l. obligationum fere in fine, ff. de action. & obligat. Ceterum, vt ad institutum reuertamur, transferre dominium, de quo hæc Ordinatio mētionem facit, etiam vsurpat Iureconsultus in lege tertia, ff. de doli exceptio. l. in omnibus, 2. ff. de actione, & obligation. l. si quis a militis, & l. si noxale, in fine. ff. de noxalib. actio. & l. traditionibus. C. de pactis, l. voluntate, C. quibus mod. pign. vel hypoth. solu. l. stipulatus, ff. de vsuris.

Existimabat † igitur Gnncalus Valascus, oporte- 30
re, nominantem palam confiteri, se cedere, & transferre in fauorem nominati omne ius, quod habet, emphyteuticum, quo possit, ab eo facta nominatio irreuocabilis, & firma censeri. Quæ sententia, vtique vera esse comprobatur, ex verbis dictæ l. Regiæ § primo, ibi. Trespassando em sua vida, &c. quæ sunt concepta per gerundium, quod conditionem importat, & consequenter formam inducit, vt obseruauit Bartol per tex. ibi in l. si ita ex parte. in fi. ff. de acquir. hered. vbi Alexand. & alii plura congerunt, Corneus, consil. 90. colu. 3. in principio, versic. ul. quia gerundium, & consil. 143. col. 3. versic. illud enim. colum. 4. & fuit sententia Baldi in l. falsus, colum. 2. C. de fide. tradit Rebuffus, primo tomo. legum Franc. Rubrica, de sententiis gloss. 6. in principio, pagin. 268. & 323. numer. 2. tradit Parisius, lib 2. consi. 9. numer. 4. cum sequent. addens, quod gerundium seu verba prolata per gerundium, important, dantque modum, & formam rei, declarant actum, & illum informant, vt explicat Corneus, consil. 172. column. 3. in fin. lib. 3. Quamobrem hæc Ordinatio Regia, in illis verbis, Trespassando todo o direito, &c. modum, & formam constituit, secundum quam nominatio irreuocabilis fieri debet, non obstante concessione dominica, variandi potestatem concedente. Omnis enim conditionalis oratio formam inducit, & actum aliter celebratum vitiat. Felinus in cap. cum dilecta, de rescript. in 2. Parisius, libro 1. consil. 95. numero 21. tradit Cotta, in memorabil. verbor. conatio, & verbo. lex notatur in l. siquidem, Cod. de præd. minor. Paulus in l. si curatorem habens. C. de in integr. restitut. minor. Alexand. consil 137. col. 4. lib. 2. habetur in l. certa forma, & in l. prohibitum, C. de iure fisci, lib. 10. tradit Iason hoc vsus argumento, quando verba sunt a lege prolata per ablatiuum absolutum, quod similiter inducit conditionem, & formam, in l. si is qui pro emtore, ff. de vsucapio. numer. 60. cum seq. concordat Baptista in praxi §. 11 cap. 1. pag. 201. Rolandus consil. 82. numer. 4. cum sequen. habetur in lege a testatore, ff. de cond. & demonstra. & in rub. ff. soluto matrimon. tradit etiam Parisius libro. 4. consi. 94. numer. 6. iuxta quorum doctrinam, & traditionem, nisi nominationi addātur, illa verba, Trespassando todo seu direito &c. a lege Regia descripta, conditionaliter apposita, & sub forma necessario obseruanda, reuocabilis, aut firma nominatio censenda non est, quoniam forma a lege

præscripta, ad vnguem obseruanda est, adeo vt neque per æquipollēs adimpleri satis sit, vt omnes resoluunt, *in l. qui Romæ. §. Flauius, ff. de verbor. oblig. 11.* omnes etiam *in l. 1. ff. de lib. & posthum. & in l. qui heredi. ff. de cond. & demonstr. Baptista, vbi supra, numer. 5. pag. 202.* Cauere enim debet nominatus ad emphyteusin, ac diligenter procurare, vt ea verba adiiciantur in nominatione, si illam irreuocabilem censeri posse desiderat, aliter enim legis Regię beneficio carebit. Vt explicat Baptista, *in a. §. 1. nu. fin. tradunt Socinus lib. 1. consil. 61. col. 1. vers. 8. Ripa libr. 1. responso. cap. 8. n. 2. Tiraquell. lib. 1. retract. §. 8. gloss. 7. numer. 15.*

31 Hanc † interpretationem efficacius demonstrāt verba legis Regiæ, *in princ.* vbi postquam legislator obseruauit, oportere emphyteutā cedere omne ius emphyteuticum, quod habet, subdit, *Postoque pera si reserue o vsofructo, &c.* per q̄ sane clausulā, transferri dominiū nemo ambigit, ex regula tex. *in l. quisquis, C. de donat. in hoc sing. secundum Angel. a Decio citatum, cons. 432. n. 1. Paris. lib. 3. cons. 90. sub nu. 24 & consil. 88. col. fin. n. 95. eod. lib. Thobias, consil. 1. num. 6.* Et nihilominus lex Regia probat, ea dominii translatione non obstante, reuocari nominationem posse, nisi emphyteuta omne ius emphyteuticum, quod habet, cedat, & in nominatum transferat. Ex quibus proculdubio cum Iureconsultissimo Gonçalo Valasco Pinto, cuius summa suo seculo fuit auctoritas, resoluendum est. in casu legis nostræ, *in princ.* reuocari nominationem posse, nisi emphyteuta nominans omne ius emphyteuticū, q̄ habet, cedat, & transferat in nominantem: quo casu a se variandi potestatē omnino abdicasse, nominationemq; firmam, immutabilē manere voluisse visus est. Quod tñ virille eximius obseruandum censebat, quamuis ad rei emphyteuticæ traditionem nominans ꝓcederet. In quā sententiā verba d. l. Regiæ, ibidem, *Posto que pera si reserue o vsofructo, &c.* vidimus aliquando amplissimi nostri Ordinis grauissimos viros, inducere: quatenus probant fructuum reseruationem, non impedire nominationis reuocationem, nisi adsint, & illa verba, *Trespassando todo o direito que tinha.* Intelligentes, nihil aliud magis probare ea legis Regiæ verba, quam fructuum reseruationē. & consequenter rei emphyteuticæ traditionem non impedire nominationis reuocationem, nisi simul cōcurrat, totius iuris emphyteutici cessio, & in nominatum translatio. Non est enim minor clausulæ reseruationis fructuum virtus, aut constituti, q̄ traditionis, vt nominatim tradit Loazes, *in l. filiusfamilias §. Diui. n. 6. in fi. ff. de leg. 1.* tradunt scribentes *in l. quoties, C. de rei vendi.* resoluentes quoad effectum illius legis non minus operari reseruationem fructuum, clausulamque constituti, quam veram ipsam, & realem rei traditionem, vt est videre per Iasonem *ibi nu. 14. limit. 5. & in l. inter diuinum, C. de sacrosanct. Eccles. numer. 27. Ferrat. cautela. 48. Brachium aphorismo. 62. Tiraquell. de constit. 1. parte numer. 26.* quo omnes passim probant, clausulam constituti sufficere, cuius non minor est, quam traditionis virtus. At in clausula reseruationis fructuum, hoc idem obseruandū probat, Afflictus, *in capite primo, qui successores teneant, numer. 15.* Quamobrem quemadmodum in casu nostræ legis, non sufficit vsusfructus reseruatio, nisi accedat totius iuris emphyteutica cessio, & translatio, opinabantur viri illi togati, neque ipsam rei traditionē sufficere, nisi eadem iuris cessio & translatio concurrat. Sed hanc interpretationem cum conferrem cum doctissimo & nunquam satis laudato viro, & inter amplissimi Ordinis Senatorii præstantissimos Iureconsultos, longe omnium præstantissimo, Doctore Antonio Francisco de Alcocoua, ille minime admittebat, intelligens legislatorem in illis verbis, *Posto que pera si reserue o vsufructo*, ampliare voluisse, id quod supradixerat, scilicet eum reuocare non posse nominationē, qui omne ius emphyteuticum, quod habebat, cessit, & in nominatum transtulit, &c. vt procedat, etiam si vsumfructum reseruet. Statim enim illa dictio *Posto*, in ea lege, ampliatiue adiecta fuit: & necessaria fuit quidem ea adiectio, & ampliatio, quoniam nisi adiecta fuisset, ex superioribus, verbis ibi, *Traspassando todo o dereito que na dita cousa afforada tinha, &c.* contrarium erat resoluendum: siquidem per vsusfructus reseruationem constat omne ius non fuisse translatum. Verum quia legislator sensit potestatem variandi, seu iterum nominandi, ius quoddam incorporale esse, *vt not. in cap. querelam, de electione.* respōdet, fructuum reseruationem non impedire, translatum videri in nominatum ius & potestatem iterum nominandi, ne quomodo alius iterum possit nominari. Qui profectu, quantum ego iudicare possum, est verus, & genuinus huius Ordinationis Regiæ sensus & interpretatio. Secundum quam illa dictio, *Posto.* stat ampliatiue, non implicatiue, vt vulgus putat, intelligēs legislatorem significare voluisse, idem fore respondendum, in casu contrario, quando emphyteuta adeo ius omne cessit, vt neque vsumfructum reseruauerit. Quæ sane interpretatio reiicienda est: & enim aliter superflua illa verba necessario forent, nec vlla esset ambiguitas. Satis enim id erat statutum in superioribus verbis, quibus iam decisum exstabat, ad impediendam reuocationem nominationis, sufficere in fauorem nominati, emphyteutam omne ius emphyteuticum quod habebat, cessisse; sub quibus quidem verbis ille casus continebatur, in quo neque vsusfructus fuit reseruatus. Quamobrem id, quod diximus, verum est, vt procedat prædicta traditio, & impediatur nominationis reuocatio, quamuis nominans sibi vsumfructum, quoad viueret, sibi reseruauerit. Non enim hæc reseruatio, caussare potest, reuocandi facultatem, vbi omne ius emphyteuticum est translatum, quemadmodum, econuerso, vbi illud ius non est cessum, sed simpliciter tantum nominatio est facta, eadem fructuum reuocatio non impedit nominationis reuocationem: quod etiam notandum est. Nec minus: quod ex hac lege Regia aliquando contra plures deduximus, hic esse casum, probantem, citra metum commissi posse nominantem emphyteuticam rem nominato tradere, *vt infra tractabimus.*

Sit † igitur firma traditio, q̄ simplex nominatio, 32 ab eo, qui habet potestatem nominandi, *cum moriretur*, reuocari potest, quamuis nominans sibi fructus reseruauerit, & consequenter, quamuis aliter ad rei traditionem processerit, nisi simul concurrat, in fauorem nominati totius iuris emphyteutici cessio, per quam secundum formam a lege Regia traditam, variatio, seu factæ nominationis reuocatio impeditur, & non aliter. Nam quamdiu nominans, totum ius emphyteuticum, quod habet, nō cedit, ne-

que

que in nominatum transfert ius illius, & potestatem reuocandi, & iterum nominandi retinet, *per supra scripta*. Quamuis supremum Senatum Lusitaniæ aliquando contrarium censuisse doceat eiusdem ordinis Gamma, *q. 116. in prin.* quod & ipse probare videtur.

32 Sed † an oporteat, nominationi emphyteuticæ illa verba, expresse adiicere, *Dizendo, que traspassaua, como polo presente traspassou nelle dito N. todo o dereito, que no dito prazo tinha*, Quæstio est non vulgaris? Videtur enim prædicta verba necessario nominationi fore adiicienda, quia pro forma a legislatore censentur descripta, & per gerundium prolata, *vt supra aduertimus*, quare in forma specifica debent apponi, non per æquipollens, *iuxta not. in l. qui heredi, & in l. Meuius, ff. de conditio. & demonstratio.* Quocirca opinantur pragmatici nostri, quod nisi illa verba legis Regiæ, formaliter in nominatione descripta reperiantur, & a nominante pronuntiata, formæ a lege Regia traditæ nullatenus satisfactum est. Cuius etiam opinionis fuisse Gonçalum Valascum olim Conimbricæ Primarium referunt, dum legeret, *l. vnum ex familia.* Ego tamen contrarium censeo verius esse. Etenim legislatoris sensus, & intentio non fuit, formam verborum præscribere, per quam, & nō aliter nominatio irreuocabiliter fieri posset. Solum n. sanxit, oportere emphyteutā nominātem omne ius emphyteuticū, quod habet, cedere, & transferre, in nominatū, vt irreuocabilis ab eo facta nominatio cēseri valeat, idque tantum pro forma requiri, libenter admittimus. Nam aliter nisi emphyteuta totum ius emphyteuticum transferat, vt hic legislator voluit, variandi potestatem retinet. Ceterum quo nā modo, seu per quæ verba, nominans intelligatur totum ius cessisse, & in nominatum transtulisse, lex Regia non docet. Secundum igitur iuris cōmunis regulas ea res censenda erit. Id enim tantum lex Regia statuit, oportere, quod emphyteuta omne ius emphyteuticū cedat, quocunq; modo illud fiat. Quocirca quoties emphyteuta quispiā nominauit, & per dictionem *tantum*, vel aliam taxatiuā fructus reseruauit, variare amplius non poterit: ex eo enim quod taxatiue sibi fructus reseruauit, cetera iura emphyteutica sine dubio transtulisse videtur, & a se abdicasse ex regula *l. cum prætor, ff. de iudiciis, & in l. maritus, C. de procurator.* Quamobrem simulac emphyteuta, ex iuribus emphyteuticis vnum tantū reseruauit, scilic. vsum fructum rei, quoad viueret (quod est vnum de iuribus emphyteuticis, ab vtili dominio procedens) vtique cetera omnia iura nominato concedere visus est: quoniam vnius iuris reseruatio, seu retentio taxatiue facta, est ceterorum iurium remissio, & relaxatio, *vt tradit Parisius, libr. 1. consil. 8. nume. 8. & consil. 9. n. 11. Alciatus in l. quod si dem, n. 46. de officio ordinarii, Iason, consilio. 45. a numero 5. lib. 1. Bossius tital. de Regalib. n. 23.* Decius qui ita arguit *consil. 297. post numer. 3.* cuius ad hoc meminit Ruheus, *consil. 50. numer. 2. Bertrandus lib. 3. consil. 276. Aymon consil. 214. numer. 13.* quo loco, *nu. 11.* notabiliter addit hanc fructuum reseruationē, maximum præstare argumentum, quod inter viuos nō mortis caussa, emphyteuta voluit nominare, & si verum sit, fructuum reseruationem, non mutare naturam donationis caussa mortis, *vt tradit Parisius lib. 2. consi. 16. n. 41. cum seq.*

Ex † quibus infertur vtiliter ad casum, quo emphyteuta promisit nominationem non reuocare: In qua specie iam supra *q. 2.* aduertimus, cessare reuocationem. Quod prædicta ratione confirmatur, quoniam hoc casu videtur nominans a se variandi potestatem abdicasse, quamuis non adiecta reperiantur verba illa legis Regiæ, *Traspassando todo o direito, que tinha. &c.* Vbi tamen diximus, id solum obseruandum, vbi est eligendus incertus de incertis, non sic, quando de certis, propter eorum præiudicium, qui superfuerunt tempore mortis emphyteutæ. Quæ sane traditio intelligenda est, nisi is nominatus irreuocabiliter, etiam superuiuat, nec ante nominātem decedat, quoniam hoc casu reuocari in eius fauorem nominatio non potest, *iuxta ea, quæ supra diximus, n. 28.* 33

Hinc † etiam infertur, ad nominationem iureiurando confirmatam, quam similiter supra resoluimus, reuocari nō posse: quod a prædicta ratione procedit: quia satis est, constare, quod emphyteuta a se variandi potestatem abdicauerit. Infertur et, quod nec geminata nominatio reuocabitur, *vt supra diximus, cap. 2.* Quæ intelligenda sunt, nisi nomināti, ab ipso nominando, vel ab ipso notario, qui nominationis instrumentum erat confecturus, vel a quolibet alio persuasum sit, in ea forma, cum iuris translatione, & cessione, salua reuocandi, & variandi facultate, quam nihilominus retinebat, oportebat fieri nominationem: In qua specie, quæ frequens est, in praxi aliquando respondimus, concedendam esse reuocandi potestatem, non obstante quacunq; verborum conceptione, & iuris in fauorem nominati, facta cessione. Siquidem constat eam potestatem, nominantem dimittere noluisse, deceptumque fuisse, vt notabiliter probat Corneus, *consil. 126. lit. M. cum seq. lib. 2.* vbi in donatione caussa mortis loquitur, ab infirmo facta, cum clausula de non reuocando, & iuramento adiecto: nihilominus propterea, quod illi fuit dictum, quod non impediebatur reuocatio, posse variare respondit. 34

Subdit † vlterius legislator *in dict. §. 1. Quer per titulo de dote, &c.* quibus verbis sanxit, nominationem factā ab eo, qui nominandi potestatem habet, per relationem ad tempus mortis reuocari libere posse. Vrgere tamen videtur, si consideres dotis titulum, & caussam irreuocabilem esse, quia caussam habet onerosam, *vt tradit Fernan. Arias in l. 15. Tauri, n. 6. cum seq. Tellus. in l. 17. eod. n. 76.* quo argumento videbatur sane resoluēdum, dotis caussa emphyteusin datam, amplius reuocari non posse. Cuius tamen contrarium lex Regia hic probat, quia dotis datio nominationis vicem obtinet. *l. vnam ex familia, §. sed si fundum, ff. de legat. 2.* Quamobrem tacitam habet caussa dotis datio relationem ad tēpus mortis, quia subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur, *l. si eum, §. qui iniuriarum, & ibi Bart. & alii, ff. si quis cautio. late scribentes in §. fuerat, Inst. de actio. & in cap. cum tu. de vsuris.* Quapropter quemadmodum simplex nominatio, facta, reuocabilis est, ita & dotis datio reuocari vsq; ad mortē pōt, quod in donatione caussa mortis esse obseruandum tradit Paulus Parisius *libro 2. consi. 16.* Verum si ex caussa dotis emphyteuta totum ius cedat emphyteuticum, & in fauorem sponsi transferat ad instar nominātis, & vniuersū ius trāsferentis, amplius reuocare non potest, vt hic palam 35

& Lappus, & Dominus in c. quamquam, in princ. & ibi Franc. col. 2. de vsuris, lib. 6. Laurent. lib. de vsur. q. 44. Panorm. in c. fin. in fi. de vsur. Angel. in summa, verbo. Vsura. in 1. §. 55. quibus adstipulatur lex. *1. C. si quis alteri vel sibi*, vt resoluunt Dd. rem quæsitam ex pecunia mea, etiam mala fide possessam, neque esse meã, nec mihi restituendam. Concordat bonus text. *in l. quamuis ex ea, C. de pign. & in l. si patronus. C. commun. vtriusque iudicii, Corneus, lib 3. cons. 152 nu. 2.* Conuenit etiam quod habetur *in l. cum duob. §. cum erant, ff. pro socio*, vbi prædicta, *l. 1. C. si quis alteri vel sibi*, declaratur procedere, non solum in extraneo, sed etiã in socio, dummodo ille extra caussam societatis acquirat, *notant omnes in d. l. si patronus, tradit Petr. de Perusio. libr. de societate. 5. part. q. 1. additio. Alex. cons. 46. num. 11. vol. 1.*

14 Caue tamen, quia † Bald. *in l. 1. q. 10. C. pro socio*, cõtrarium plane probat, asserens, negotiantẽ, qui plurimum ex vsuris, comparauit, nõ modo teneri ipsis vsuras restituere, verum etiam omne aliud ex illis comparatum, ne ex alieno fiat locupletior. Adducit optimum tex. *in l. qui sine, ff. de negotiis gestis, sequitur Dec. in l. certi condictio. §. fin. nu. 3. ff. si cert. petat.* qui nõ aduertit eam legẽ loqui & procedere, in eo, qui meus erat negotiorum gestor, & qui propterea mihi, & non sibi negotiari tenebatur: Quocirca quicquid ex pecunia mea acquisiuit, restituere mihi tenetur, *l. idemq; § si procurator, ff. mandati*, vbi Vlpian. *Si procurator*, inquit. *meus pecuniam meam habeat, ex mora vtiq; vsuras mihi depẽdet. sed & si pecuniam meam fænori dedit. vsurasq; consecutus est: consequẽter dicemus, debere eum præstare, quantumcunq; emolumentum sensit, siue ei mandauit, siue non, quia bona fides congruit, ne de alieno lucrum sentiat. Quod si nõ exercuit pecuniam, sed ad vsus suos conuertit, in vsuras conuenietur, quæ legitimo modo in regionib. frequentantur. Denique Papinian. ait, etiam si vsuras exegerit procurator, & in vsus suos cõuerterit, vsuras eũ præstare debere.* Qua ratione, & socius si quid acquirit ex caussa societatis, restituere, & communicare societati tenetur, *l. si quis societatem, ff. pro socio.* Quod est secus in vsurario, qui quãuis vsuras extortas teneatur restituere, non tñ alii, q̃ sibi, tenetur negotiari, & proinde quicquid parauit, sibi non alii acquirit: & consequenter mihi, a quo extorsit centum per vsuram, nõ tenetur nisi eadem centum restituere, licet negotiando cum illis mille parauerit. Recte igitur in casu, *d. l. de fructib.* ICtus marito repetenti rem donatam vxori, negat, per vsuram acquisita, atq; fructus industriales, quos vsuris comparari ibi IC. probat: Nostri auctores communi suffragio asseuerãt. Denique vt Fulgosii sensus, necessarius sit, nec vllo modo vitiari possit, vtiliter quidem obseruauit Pinell. *in d. l. 2. c. 4. 2. part. de rescind. vend. n. 50. vers. & hac opin.* cõmunem sententiam subsistere nullo modo posse, in casu cõtrario, si vxor marito donauit: is n. nullam põt ex probabili iuris errore bonã fidem prætendere, iuxta ea quæ traduntur, per Bart. & Ang. *in l. sed si lege, §. scire, ff de petit. hered. Bald. in c. cum super. n 5. de caussa possess. & propriet.* Qua ratione vel communis sensus reiiciẽdus est, vel necessario dicendum, illum text. nõ procedere, quando vxor marito rem donauit. Quod perquam durum censeo.

Vnde cauendum necessario est a Palatii doctrina *in rub. §. 72. in fi.* resoluentis, fructus naturales perceptos a viro, donatario restituendos fore, non solũ quando donatrix vxor viua aut moriens donationem reuocauit, verum etiam si tacenaillam morte confirmauit. Quæ sane resolutio vera non est, neq; defendi potest. Obstat enim dispositio, *l. cum hic status. ff. de donatio. inter virum & vxorem, & in l. donationes, quas parentes, in fin. C. eod. tit.* quibus probatur, huiusmodi donationes morte confirmari, retroq; trahi respectu fructuum acquirendorum: vt elegãter contra Palatium admonuit obseruandum Pinel. *dict. cap. 4. num. 51. in leg. 2. C. de rescind. vendit. 2. part. folio 118.*

Verum † quia supra diximus, nominationẽ emphyteuticam, de qua agimus, etiam legato comparari, & ab eo regulandam fore, ac proinde subsecuta reuocatione, nominatum fructus restituere teneri, quemadmodum & legatarius, a quo testator legatum reuocans etiam fructus perceptos auocat, ex Cremensis sententia *singul. 15.* pro huius materiæ interpretatione aduertendum censeo, ex iuris dispositione, fructus rei legatæ productos, viuo testatore, ad legatarium minime pertinere, *l. quæsitum. 93. §. pen. ff. de leg. 1. tradit Gomezius 1. tomo, c. 12. n. 5.* Cuius sententiæ est in promtu ratio, si consideres, legatum suapte natura, post mortem conferri. *c. cum Marta. de celeb. missar.* dicitur n. donatio quædam, a defuncto relicta, & post mortem ab herede præstanda *l. legatum. ff. de legat. 2. & ibi gl. Bart. & Dd. communiter, præsertim Peralta, pag. 501. Dd. etiam in l. legatum, ff. de legat. 1. Menchaca de success. creatio. §. 17. num 111.* Qua ratione fructus in vita testatoris collecti, ad legatarium pertinere non possunt. Et si, vt ego intelligo, legata sit res, cum suis commodis, seu fructib⁹: nam cum legatum dicatur factum cum relatione ad tẽpus mortis ab herede præstandũ, necessario consequitur, ab eo tẽpore legatariũ cõmoda seu fructus dumtaxat obtenturũ. licet cõtradicat glo. notabilis *verbo commodis, in l. Luc. 22. ff. de leg. 2.* q̃ sequuntur ibi Bart. & Bald. & firmat admirabilẽ Paul. *n. 2.* Peralta, *n. 37.* Cui sententiæ accedere nunquam potui. Defenderẽ tamen glossæ opinionem, respectu fructuum productorum a tempore mortis testatoris, vsq; ad aditã hereditatẽ: quos ad heredem, nõ ad legatarium pertinere probat IC. *in l. si tibi 88. ff. de legat. 1. in §. cum seruus*, & voluit gl. notabilis, & cõmuniter recepta, *in l. Herennius 42. de vsuris.* tradit Menchaca *lib. de success. creatio. §. 17. n. 125. cum seq.* Quam sane restringerem, nisi res cum suis commodis, seu fructib. foret legata: quo casu vt illa verba aliquid operentur, fructus legatario adiudicãdos censerẽ, vt notabiliter explicat Alex. *d. §. cum seruus, ad fi.* & Ioan. Dilectus *de arte testandi, tit. 6. cautela, 11.* licet aliter loquatur Gomezius, *1. tomo, c. 12. n. 5.*

Ex quibus † *si contingat, testatorem in vita rẽ legatã* 16
legatario tradere, an donãdi animo fecisse dicatur, quæstio est, a ICto sane decisa, *in l. Lucius, 23. ff. de legat. 2.* vbi testator mihi militiam legauit, siue pretiũ, quod ex eius venditione posset redigi. Deinde ille militiã mille aureis vendidit, quos viuus mihi statim tradidit: eoque postea defuncto ego militiæ pretium ab herede petere non dubitaui, asserens illos mille aureos in vita testatoris mihi traditos, donatos magis inter viuos fuisse, quam legatum persoluendi animo, & intentione. Respondet IC. *existimo pretium militiæ præstari non oportere, nisi legatarius ostenderit, testatorem, & post factam solutionem, iterum eum pretium militiæ accipere voluisse.* Intelligat inter-

pretes noſtri, voluiſſe teſtatorem in dubio pręſumi, quando rem legatam viuus præſtat, præuenire heredem in legati præſtatione, quæ poſt mortem eius fieri debuit, vt obſeruarũt Bart. & Bald. & Peralta. *d. l. Lucius, ff. de legat. 2. Bald in l. filia, in princ. C. de legat. & in l. 2. num. 5. C. de iure dotium, Riminald. in princ. Inſtit. de donatio. num. 464.* Quocirca præuentio iſta ſeu rei legatæ traditio, a teſtatore in vita facta, cum reſpiciat exſecutionem legati, non mutabit illius naturam (quæ reuocabilis eſt, *vt ſupra diximus*) ex *regula Clement. 1. in fin. de prabend.* Quamobrem huiuſmodi legatum non obſtante traditione reuocari poteſt, vt nominatim docuit Bart. *in leg. legatum, nu. 3. ff. de legat. 2.* & eſt communis & recepta ſententia, *teſte Croto. in rubr. ff. de legat. 1. num. 25. & Afflictus q. 275. Gomez. tom. 2. tomo. cap. 12. Gutierrez. in l. nemo poteſt, ff. de legat. 1. nu. 257.* Quamuis contrarium verius credat Peralta *in d. l. Lucius, ff. de leg. 2. num. 5. cum ſeq.* quo in loco etſi plura hinc inde congerat aduerſus communem argumẽta, illud potiſſimum eſt, quod per huiuſmodi rei traditionem, eſt legatario acquiſitum dominiũ, ex regula *l. traditionib. C. de paſt.* cuius dominii translatio natura eſt perpetuæ acquiſitionis. *l. qui ſit. ff. de ſolutio. l. fin. & ibi D d. C. legatis, & in leg. 1. ff. ſi ager vectigal.* Qua ratione ceſſat pœnitentia & variatio, ex regula *l. apud Aufidium, ff. de option. legata.* Quæ ſane obiectio tollitur, ſi attendis, mortis cauſſa donationem, non obſtante traditione reuocari poſſe. *l. non omnis ff. ſi cert. pet. iuncta gl. verbo. deceſſiſſe, cum aliis adductis a Couarr. 2. part. rub. de teſt. ad ſi. verſ. hic omnib. fol. 230.* Quo argumento idem eſt dicendum in legato tradito in vita, quod donationi cauſſa mortis ſolet comparari, *Bal. in l. 1. num. 8. C. ſi quis omiſſ. cauſſa teſt.* Traditio enim, quia ad exſecutionem pertinet, & illam reſpicit, determinari debet a cauſſa ſeu titulo pręcedente, & ſecundum eum cenſeri, & regulari, vt tradit Alberic. poſt Rayn. *in l. legatum, ff. de leg. 2.* & videtur agnouiſſe Bald. *in l. 2. n. 5. C. de iure dot. & in d. l. 1. nu 8 ſi quis omiſſ. cauſſa teſt.* reſoluens, traditionem rei legatæ in vita factam a teſtatore, trãsfundere legatum in donationem cauſſa mortis, cũ maximam ſimilitudinẽ habeat ppter relationem ad tempus mortis, ſub qua, in dubio rei legatę traditio facta videtur: concordãt plures citati a Tellio Fernandez *in l. 17. Tauri, nu. 85.* licet per multa repugnet Peralta, *d. l. Lucius, a n. 5. vſque ad n. 20.* vbi notabiliter infert, ad caſum, quo parens filio, teſtamẽto tertiam legauit. & poſtea tertiæ nomine rem aliquã viuus tradidit. Opinatur enim, per eam traditionem, tertiæ legatum irreuocabile fieri, quaſi in vita illa fuiſſet donata. At *n. 22.* ingenue fatetur, id vix in praxi tãquam contra communem traditionem obtinere poſſe, tradit Peraltæ memor Molina *libr. 4. de primogen. Hiſpan. cap. 2. num. 19. cum ſequent.*

Ceterum † hęc communis ſententia intelligenda
17 eſt, quãdo teſtator in vita ſub commemoratione legati teſtamento relicti, ad traditionem proceſſit, in qua ſpecie reuocare nihilominus poſſe communis traditio habet, vt aduertit gl. *1. in l. legatum. 37. ff. de legat. 2.* vbi hoc Bart. expli at, *n. 3.* contrarium intelligens obſeruandum, vbi teſtator ſimpliciter nulla legati facta mentione rem tradidit, quia hoc magis reuocabiliter viſus eſt, tradere, ſequitur Paul. *in l. Lucius, n. 3. eod. tit. & conſ. 393. n. 2. vol. 1. Affl. q. 275. n. 5. Iaſ. in l. eam quam, n. 20. C. de fideic. an. 1 verſ. ſeptimus. Gomez. 1. tomo c. 12. n. 4. & 17. Tauri. n. 24.* aſſerit communem Pariſ. *lib. 2. conſ. 61 n. 37. & Aym. in rub. ff. de legat. 1. nu. 167.* concordat Tellius, *in l. 17. Tauri, n. 86. cum ſeq.* vbi hanc firmat communem, & Gutierrez. *in l. nemo poteſt ff. de legat. 1. n. 257. cum ſeq. Molina etiam libr. 4. de primog. Hiſp. c. 2. n. 19. Rim. in prin. Inſt. de don. n. 479.* Couar. *in rub. de teſt. 2. part. n. 21. col. fi. Peralta in l. cum pater §. a filia, ff. de leg. 2. nu. 92. gl. 1. in l. 1. tit. 9 part. 6. Riminald. in prin. Inſt. de donat. n. 469. Loazes in l. filiusfa. §. Diui ff. de legat. 1. num. 6.*

Quæ † profecto ſententia ſuſpecta admodũ red- 18
ditur, ex his, quæ ſuperius ſcripſimus, vbi diximus, contrarium probare ICtum *in l. Lucius. 22. ff. de lega. 2.* nec in dubio præſumitur mutata voluntas, *l. cum qui 22. ff. de probat.* Quapropter traditio ſimpliciter facta, debet intelligi ſecundum voluntatem præcedentem non mutatam, quæ reuocabilis erat, iuxta gloſſæ ſi. doctrinam *in l. quadam mulier, ff. de rei vindic. Boerius q. 77. n. 2.* prout contra cõmunem & forte rectius locutus eſt Bal. *in l. filia, in prin. C. de lega. & in l. 2. nu. 5. C. de iure dotium.* & Cremenſ. *ſing. 15. Ripa in l. 1 a nu. 13 ff. quorum legator. & Cotta, in memorabil. verbo. legatum factum.* Plures alios refert hoc idem tenentes Tellius *in l. 17. Tauri, n. 85.* omnino videndus. Numero namque 86. quam plures refert contrarium reſoluẽtes, imo ſimplicem legati traditionem, inducere legati irreuocabilitatem, & tandem, *n. 87.* text. *in d. l. Lucius 22 ff. de legat. 2.* reſpondere conatur, oſtendens hanc communem magis probare. Quod ſane probare non auſim, quoniam text. ille id vnum tantum probat, ſolutum in vita teſtatoris legatum, repeti a legatario iterum non poſſe, niſi ille doceat, hoc voluiſſe defunctum. Præueniſſe enim heredem viſus eſt teſtator, qui legatum viuus ſoluit. Sed *an reuocare talem ſolutionem, ſeu legati traditionem poſſit*, ex eo Iureconſulti reſponſo deduci non poteſt: quare ille textus in neutram valet induci ſententiam.

Sed † vtramuis teneas id ſemper obſeruãdum eſt, 19
traditionem legati factam in vita, ex cauſſa irreuocabili, veluti donationis inter viuos ſeu dotis, efficere, quod amplius reuocari non poſſit. Videtur enim in hac ſpecie, ex cauſſa in traditione expreſſa, legati naturæ contraria, a natura legati receſſum, vt colligitur ex *l. huiuſmodi. 84. §. ſi Titio. in 2. ff. de lega. 1.* vbi ſi Titio, Stychus, aut Pamphilus, vtrum eorum malit, legatus ſit, deinde Pamphilum Titio teſtator donauerit, quęrebatur, *an vterq; in obligatione eſſet, an nullus, quoniam iam vnum ex ſeruis habebam, quẽ tantum me defunctus habere voluit?* Et reſpondet IC. Iulian. *Stychus in obligatione manet.* Etenim Pamphilum teſtator cum mihi donauit, a legato receſſiſſe viſus eſt, & propterea quoad illum ceſſat electio: & conſequenter ſi Stychum petiero, vtrumq; obtinebo. alterum ex donatione inter viuos, alterũ vero ex cauſſa legati: Vnde quoties teſtator rem a ſe legatam tradiderit, expreſſa cauſſa donationis aut dotis, vtique amplius rem traditam auocare ab eo, cui tradidit, non poterit, *per text. ibi.* Et conſequenter, ſi ego filiæ meæ centum teſtamẽto legaui, & ex cauſſa dotis viuus eadem illi dedi, reſpondẽdum eſt, legatum extingui, meq; voluiſſe, ab herede præſtandum vinũ ſoluere, vt habetur *in l. filia 11. C. de legat.* Sed *an huiuſmodi dos ſic data, retineat naturam legati*, quæſtio eſt, q̃ ibi mouet Bald. *d. l. filia in prin.* & Fulgoſ. *in. 2.* reſoluentes, quod ſic. Et conſequenter, quod filia nõ te-

netur

netur huiuſmodi dotem conferre, quemadmodum neque teneretur legatum, ex regula *l. a patre. 10. C. de collatio.* Concordat Crotus *in l. frater a fratre, ff. de cõd. indeb. nu. 95.* A quorũ ſane doctrina per ſupraſcripta ego facile recedo, cum animaduerto, in hac ſpecie legatum fuiſſe transfuſum, in donatiooem inter viuos, per text. *in d. §. ſi Titio.* Qua ratione in vita dos data, neq; reuocari amplius põt, nec in reliquis a legato regulari, & proinde ceſſare collationis onus nullo modo: ſiquidem in vita dos eſt conſtituta, nõ teſtamẽto data, vt notabiliter contra Bald. reſoluẽdum credit, Iaſ. *in l. filia dotem. nu. 3. C. de collatio. Gomez. in l. 17. Tauri, nu. 24. & Peralta, in l. Lucius, ff. de legat. 2. nu. 19. pag. 124.*

20 Ex † quibus aliquando reſpõdi in cauſſa ardua & magni momenti, parentem, qui filiã ad emphyteuſin teſtamento nominauerat, variare neutiquã poſſe, ſi viuus ea dotis cauſſa, aut donationis, iterũ eandem emphyteuſin filiæ tradidit. Verum tñ hoc eſſe intelligebam, qñ ſecundum conceſſionem dominicam ſemel tãtum ille poterat nominare, vt explicabimus *infra §. 1.* Nam cum per ſupraſcripta fiat transfuſio de legato in donationem inter viuos, ex ſola legati traditione expreſſa cauſſa irreuocabili, nec ſemel factam nominationem inter viuos parẽs reuocare valeat, conſequens eſt, & hanc firmam fore cẽſendam. Ceterum ſi variare ille poterat, ex dominica conceſſione hoc permittente, vt contingit, qñ emphyteuſis eſt conceſſa cum poteſtate nominandi ad tempus mortis relata, ſola traditio ex cauſſa donationis, aut dotis non ſufficiet, niſi omnino obſeruetur huius legis Regiæ forma, neceſſaria ad conſtituendam nominationem inter viuos reuocabilem. Quod diligenter nota.

Quid eſt igitur tenendum in caſu, quem tractamus? *Tenebitur ne ad emphyteuſin nominatus, nominatione reuocata, rem ipſam cum fructibus perceptis, reſtituere?* Proculdubio ex ſupradicta reſolutione videtur dicendum, quod ſic. ¶ Quoniam hoc idem in legato & donatione cauſſa mortis oſtendimus, fore obſeruandũ; quibus huiuſmodi nominationes emphyteuticæ omnino comparantur, *vt ſupra aduertimus.* Cui tñ ſententiæ, in caſu contingenti quidã nõ indocti viri aliquando refragabantur. Sed nos contrariũ vt verius, & receptius eſſe arbitramur, obſeruandum, ex auctoritate gloſſę notabilis, *in l. cum pater, §. a filia, ff. de leg. 2. verbo non eſſe.* Vbi nominatim, in propoſita hypotheſi quærit, *an nominatus in vita, ab eo, qui erat grauatus, eligere, cum moreretur, num de certis, & ſic inutiliter fructus ſaltem retinere valeat, electione reuocata?* Et reſpondet quod ſic, intelligens reſpectu fructuum nominationem, ſeo electionem intempeſtiuam valere, & fore obſeruandam, ſequũtur Dd. ibi communiter, & Paul. *in l. poſt mortem, C. de fideic. n. 2. poſt Cuman.* concordat Molina, *libr. 2. de primog. Hiſp. c. 4. nu. 31* & Peralta, cuius iam meminimus *ſupra q. 2. n. 20. verſ. 4.* Quo quidem argumento, & auctoritate reſpondendum neceſſario eſt, nominatum ad emphyteuſin, & in illius poſſeſſionẽ miſſum fructus ſuos facere, & ſi reuocabiliter fuerit nominatus, vt elegaoter obſeruauit clariſſimus ſuo ſeculo IC. Goncalus Valaſc. *in l. vnum ex familia in fin. prin. ff. de legat. 2.* paucis hoc notum eſſe aſſerens. Neque, vt eximius ille vir ait, vrgent quicquam in contrarium adducta, quoniam ſolum procedunt, in eo, qui reuocauit donationẽ, ſeu legatum ſuæ propriæ rei, quam donatarius ab ipſomet reuocante habet non ab alio: in qua ſpecie rem auocans, ſimul & fructus repetit, non ſic, qñ ab alio donatarius capit, nõ ab ipſo donante, vt contingit in emphyteuſi, q̃ nominatus a domino directo, non ab ipſo nominante capit, vt ſæpius aduertimus per text. *in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de legat. 2.* Quæ pfecto vtilis eſt in praxi reſolutio, per q̃ ego etiam aliquãdo reſpondi, in fauorem viri nobilis, in quem agnatus, maioratus ſucceſſionem ceſſerat, cum moreretur, & ſic reuocabiliter, pati quidem reuocationẽ poſſe, fructus tamen interim ab eo perceptos, retinere iuſte poſſe ex ratione pxime ſcripta, quia hos magis a primo cõcedẽte, q̃ ab ipſomet agnato, qui ſucceſſionem ceſſit, habere cenſetur, *vt in d. loco Valaſc. adnotauit.*

21 Verum † coutrarium neceſſario reſpondendum eſt, ſi primus maioratus conditor & inſtitutor, qui me teſtamento, aut aliter reuocabiliter nominauit, poſt eius mortem ſucceſſorẽ, ſorte ipſum maioratum, ſeu bona illi vnita & incorporata ceſſit, & tradidit, aut eorum partem aliquam. Is n. ſi poſtea electionem reuocauerit, bona ipſa cum fructib. auocabit. Militant enim in hac ſpecie rationes, & argumẽta omnia ſupra adducta, quib. probauimus mortis cauſſa donata, aut ex ſimili titulo reuocabili, ſimul cum fructib. a conſerente reuocari. Ceſſatque ratio pſcripta, qua cũ eximio Valaſc. negauimus, id obtinere poſſe emphyteuta in nominante, q licet rẽ ipſam repetat, fructus tñ a nominato auocare non põt: quoniã hos a dño directo magis, q̃ ab ipſo nominãte capit. Ceſſat inquã hęc ratio in primo maioratus conditore, a quo ille electus, nõ a quopiã alio capit. Et ppterea ſine dubio reſoluendum eſt, rem cum fructib. aoocare. Quamuis Greg. Lopez *in l. 2. tit. 15. part. 2. in gl. 1. col. ſi. poſt prin.* contrarium obſeruandum opinetur, ex auctoritate Baldi *in l. vxor patrui, in fin. C. de legat.* volentis, textum ibi quatenus pbat, inutile eſſe legatum vſusfructus, ab eo relictũ, qui tñ vſusfructuarius erat, ſiquidem morte vſusfructus finitur. *vt in §. finitur. Inſt. de vſufr.* non pcedere reſpectu interuſurii, ſeu fructuum, quãdiu ille vixerit, colligendorum, ſi modo teſtator vſumfructum legans, ad rei, ſuper qua ille eſt cõſtitutus, traditionem pceſſerit, citat Bald. textum, *in l. ſi mulier. 13. ad fi. ff. de legat. 3.* vbi Vlpian. poſtquam reſpondit, creditorem a debitore, qui illi debitum legauit, grauari non poſſe, quia nullum prorſus conſiderabile, & pecuniariũ cõmodum ex eo legato eſt cõſecuturus. Subdit contrarium fore obſeruandum, ſi vſusfructuarius pprietario vſumfructum mortis cauſſã ceſſerit. Poteſt n. is grauari, & ei onus adiici, & ſi certum ſit, vſumfructum eius, qui ceſſit, morte exſtinguendum fore. Nam inquit IC. *medii potius tẽporis, quo viuat, qui donauit, commodum cogitamus.* Eſt n. illud medii tẽporis interuſurium conſiderabile, quia cõmodum pecuniarium habet. Qua ratione pillius vtilitate imponi onus recte põt, *vt ibi, & in l. ab eo, C. de fideic.* Quo argumento, & auctoritate Greg. Lopez, *in prædicto loco*, arbitratur, maioratus conditorem, qui ſucceſſorem in vltima voluntate, & ſic reuocabiliter nominauit, vtiliter in vita tradere reſpectu ſaltem fructuum, qui ad nominatũ percipientem pertinebunt. Intellexiſſe aũt Greg. Lopẽ, irreuocabiliter fructus ad nominatũ pertinere neceſſariũ eſt, ex auctoritate Baldi, quem citat, q ſimiliter pbat legatum vſusfructus tenere, ſi in vita per viam

ceſſionis, fiat illius traditio, vt habetur *in l. ſi mulier, ad finem. ff. de legat. 3.* vbi de irrenocabili ceſſione fit mentio, quo caſu, *vt iam ſupra aduertimus*, mortis cauſſa donatio, & legatum per traditionem in donationem inter viuos irreuocabilem transfunduntur, quod admitti exſtantibus ſupra ſcriptis, nullo modo poteſt, in primo maioratus conditore, a quo nominatus vere, non ab alio capit. Quamobrem eius traditio, & reuocatio regulari debet ex iuribus ſupra adductis. Quibus probauimus, rem traditam ex titulo reuocabili, euinci poſſe ab eo, cui tradita eſt, cum fructibus ex ea perceptis: licet contrarium ſit reſoluendum, in nominato ad emphyteuſin, quia domino directo, non a nominante capit, *vt Goncalus Valaſc. egregie dicebat.*

22 Ex † quibus ita perpenſis, vtiliter defenditur, verũ eſſe, quod plus millies in praxi reſpondimus, variationem nominationis a lege noſtra in hoc principio permiſſam, non impediri per rei emphyteuticæ traditionem, ad quam licet nominans progrediatur, variare poterit, vſque ad mortem, vt hac Ordinatione plane cauetur. Cui reſolutioni præſtat argumentũ mortis cauſſa donatio, (cui hæc poteſtas nominandi comparatur) quam poſſe reuocari non obſtante rei donatæ traditione, vt iã ſupra diximus, *n. 16. per l. non omnis, ff. ſi cert. pet.* iuncta gl. Solet n. rei traditio regulari a cauſſa & titulo præcedente, vt ibidẽ aduertimus, idem reſoluentes in legato, teſtamento relicto, cuius ſimiliter traditio reuocationẽ non impedit, *vt ſupra n. 18. & q. 2. n. 32.* Iuxta quã interpretationẽ regulanda eſt, neceſſario hæc nominatio emphyteutica, de qua agimus ad tẽpus mortis relata, quã fore mortis cauſſa donationi cõparãdam tractabimus, *in tract. de acq. emph. c. 16. n. 28.* Nec minus cõducit, quod diximus *ſupra n. 7.* reuocata nominatione teneri nominatũ ẽt fructus reſtituere, quos interim ex re emphyteutica percepit. Quod minime obtineret, ſi traditio variationem impediret.

23 Quæ ſane † reſolutio intelligenda eſt neceſſario, qñ nominans poſt mortẽ ſuã, ſeu cum moritur, vel ẽt teſtamẽto, aut codicillis ſtatim rẽ ipſam emphyteuticã nominato tradidit. In qua quidẽ ſpecie, quẽadmodum ipſa nominatio ſeu titulus eſt reuocabilis, ita ẽt & traditio, quæ tanquã reſpiciens executionem tituli reuocabilis, non põt, nec debet illius naturam mutare, *ex regula Clem. 1. in fin. de prob.* Quod idem reſpondendum eſt, qñ ex interuallo, aliquo iã tempore lapſo, poſt factam nominationẽ, emphyteuta rem nominato tradidit, ſub commemoratione tñ nominationis factæ: quoniam etiam hoc caſu videtur cauſſa, & titulus præcedens repetitus, & ad illius executionem adiecta traditio, quæ impedire per ſupra ſcripta executionem non valet, vt in legato tradito a teſtatore in vita ſub commemoratione cauſſæ præcedentis, reſoluit Bart. *in l. legatum, ff. de legat. 2. nu. 3.* Contrarium obſeruandum fore reſoluens, qñ ſimpliciter viuus teſtator rem legatam tradidit, quia tunc magis inter viuos donare, & a cauſſa legati reuocabili recedere viſus eſt. Quæ cõmunis reſolutio eſt, vt iam ſupra aduertimus, *nu. 16. & 17.* Quamobrem eodem argumẽto, idem quoq; in nominatione, quã tractamus, reſpondẽdum eſt, ſc. traditionem ex interuallo factã impedire nominationis reuocabiliter factæ reuocationem: quaſi nominans emphyteuta magis inter viuos, voluerit de nouo nominare, a priore recedens mortis cauſſa facta nominatione. Quæ profecto reſolutio retenta communi Bartoli ſententia, *d. l. legatum*, neceſſaria eſt, eo tamen caſu, in quo emphyteutæ ſimpliciter conceſſa eſt, nominãdi poteſtas: in qua ſpecie ſemel tantum in vita nominare poteſt, *vt infra §. 1. hoc titu. habetur.* Quocirca quemadmodum ſemel factam in vita nominationem reuocare non valet, ita nec iſtã ex interuallo, ex traditione rei emphyteuticæ reſultantem: quoniam hæc id ſolum habet, inter viuos, quandam nominationem irreuocabilem, quia prioris cauſſæ reuocabilis non fuit facta mentio.

Vnde † ſi ex dominica conceſſione variare emphyteuta poteſt, quemadmodum contingit, in caſu huius Ordinationis *in princ.* ſi huiuſmodi caſus incidat, ſine vlla difficultate, cõcedenda reuocatio eſt: quoniã in cõfeſſo eſt, in caſu huius principii omnẽ inter viuos factã nominationẽ reuocari poſſe, niſi omne ius emphyteuticum emphyteuta cedat, *vt infra dicemus.* Idẽ quod noſtri interpretes gl. & Bart. *in d. l. legatum, ff. de leg. 2.* reſoluunt, traditionem rei legatæ, poſt teſtamentum factã inducere legati irreuocabilitatẽ, ſine dubio procedit, quia teſtator, ſic tradẽs citra legati commemorationem maluit inter viuos dare, & ſic irreuocabiliter per receſſum a natura legati, vt ex ipſiſmet auctorib. qui Bartolum ſequuntur, palam colligitur, & ex Ferd. Lopez, *in l. filiusfamil. §. Diui, ff. de legat. 1. nu. 6* vbi adducit tex. *in l. datum. 17. C. de legat.* perpendendo verbum, *dare*, de quo ibi ad actũ inter viuos neceſſario referendũ eſſe. Quocirca variandi amplius facultate caret, ex regula, *l. ſicut ab initio. C. de act. & obl. & l. perfecta donat. C. de donat. quæ ſub modo, cũ vulg.* Quæ quidem reſolutio in noſtris nominationib. retento Themate conceſſionis factæ iuxta hanc Ordinationẽ *in prin.* adaptari nõ poteſt, quoniam & lex noſtra Regia probat, inter viuos factã nominationem reuocari poſſe, niſi omne ius emphyteuticũ, nominãs cedat. Et eſt ratio, quia ſimpliciter nominãs videtur ſe referre ad formã cõceſſionis, & ſecundũ illã per relationẽ ad tẽpus mortis nominare, & ſic reuocabitur. Aliter ſola traditio rei emphyteuticæ fortior erit, quã cum traditione facta ſimplex nominatio. Quia nefas eſt, & graue abſurdũ: ſi præſertim cõſideres prædictã traditionẽ plura cõtinere ſpecialia. Siquidem induceret receſsũ a mortis cauſſa datione, producentẽ effectũ donationis inter viuos. Induceret ẽt, quod ſimplex illa nominatio ex traditione producta, erit irreuocabilis, nõ reſeruãda ad tẽpus mortis, iuxta formã cõceſſionis. quod eſt contra ea, quæ habentur in *l. 1. C. de dotis promiſſ.* Nec vlla iuris ratio patitur, quod ſimplici traditioni pluſq; ã nominationi & traditioni tribuendũ ſit. Quamobrẽ ſtãte dominica conceſſione, de qua *in princ. huius legis*, nullo modo concedere poſſumus, negandam fore nominanti reuocationẽ. Quod ſedulo obſeruandũ eſt. Aliter neque, quod lex iſta probat, habentẽ poteſtatẽ nominandi, cũ morietur poſſe, vſq; ad mortẽ variare, defendi commode põt. Neq; ẽt, quod ſuperius diximus, nominatione reuocata, rem ipſam emphyteuticam, cum fructibus reuocari: In qua ſpecie ſine vlla hæſitatione, præſupponitur, rem fuiſſe nominato traditam, iuxta tradita *in l. Titia. ff. de ſolutio.* Aliter enim, niſi ille poſſideat, inepta eſt fructuũ quæſtio, & repetitio. Et hoc eſt profecto, quod apud Pariſ. legitur, *lib. 2. conſ. 16. n. 9. cum ſeq.* donationẽ cauſſa mortis, vel quæuis aliam reuocabilem, ex eo irreuoca- 24

bilem

bilem non fieri, quod fuit ad traditionem processum, etiam si adsit clausula, *Ex nunc prout ex tunc.*

25 Ego in comprobationem huius traditionis, inducere sum solitus, textum, qui cum iudicio perpensus hanc plane confirmat sententiam, quod rei emphyteuticæ traditio in consideratione non sit, cum quæritur, *an de ea facta nominatio reuocari possit.* Hic est text. *in §. 2 infra hoc tit.* Vbi Lusitanus legislator hanc rem cōsiderās, sanxit solum titulum nominationis conferre nominato ius irreuocabile, etiam ignoranti & absenti, & consequenter, & si traditio non interuenerit; Sola ergo nominatio ipsa est in hac materia attendenda, & secundū eā resoluendū est, sit ne ius irreuocabile nominato acquisitū, nec ne, non traditio consideranda: quæ cum executionem respiciat, nequit robur aliquod nominationi addere.

26 Quamobrem † sæpius intrepide respondi, cōstituti clausulam & fructuum reseruationem, nominationem, de qua agimus, non efficere irreuocabilem, *ex Paris. lib. 2. cons. 16 n. 11. cum seq.* Nam quod veræ rei traditioni negamus, per suprascripta fictæ concedere non valemus, facit Lozæs *d. l. filiusfamil. §. Diui, n. 6. in fin. ff. de leg. 1.* vbi vix concedit, huic clausulæ constituti eundem effectum, quem Bar. & cōmunis *d. l. legatum,* tribuunt veræ traditioni rei legatæ quod etiam in praxi vtilissimum est. Nec meo quidem iudicio ad rem facit, quod in *l. serui electione, in princ. ff. de leg. 1.* communiter Dd. resoluunt, cessare eligendi potestatē, postquam translatum est dominium in nominatum, vt habetur *in l. apud Aufidium, ff. de optio. leg. Ripa post alios in d. l. serui electione, in princ. n. 1. & post Socinum, col. 2.* resoluens, per traditionem dici factam plenam exsecutionem, quæ impediat variandi facultatē, tradit Peralta *in l. Lucius, a nu. 5. ff. de leg. 2.* Doctores *in l. 17. Tauri,* resoluentes, hoc argumento & ratione defendi posse illius legis dispositionem, *& 44. eod. lib.* quatenus disponunt, validam, firmamq; esse de tertia factam, a patre donationem in fauorem filiifamilias, si modo traditio intercesserit vera, siue etiam ficta, per clausulam constituti, vt in ea l. 17. Tauri obseruauit, gl. *verb. Possessionis, fol. 58. col. 2. Peralta in l. vnum ex familia, in princ. n. 19 ad fin. ff. de legat. 2.* In qua quidem dispositione ea lex est notabilis, tanquam noua iurisque præcepta violans, vt ibi obseruauit Tellius *in princ.* Tantum enim abest, vt ea legis sanctio a iuris principiis proficiscatur. Quamobrem ad tertiam, in qua loquitur, necessario restringenda est, neque vllo modo ad donationem quinti extendenda est. Hoc enim etsi traditum a patre sit, reuocabile erit, secundum iuris communis præcepta, quæ docent, paternam donationem etiam traditione confirmatam reuocabilem esse, quamuis morte possit confirmari *l. donationes quas parentes, C. de donat. inter virum & vxorem. l. 2. C. de inoff. donat. Ant. Gomez. d. l. 17. Tauri, & ibidem Tellius, n. etiam 4.* secundum quā regulam quinti donatio, de qua *in d. l. 17.* nulla est facta mentio, est sine dubio censenda, vt post Anton. Gomez. *d. l. 17. Tauri.* resoluit Tellius, *n. 7. & 11.* Non est enim rei traditio potens, ad impediendum a iure concessam reuocandi potestatem. Quocirca neque in casu, quem tractamus, illa impediri debet, quamuis emphyteuta ad rei traditionē procedat. Porro, quę in *d. l. serui electione,* habētur, ad eum casum spectant, in quo non est nominatim ante mortē cōcessa eligendi potestas, seu cum eligere debens morietur, qui est casus noster, in quo dn̄s directus emphyteutæ eo ipso concessit, vsque ad mortem, variandi facultatem. Quapropter dicta *l. apud Aufidium, ff. de optione legata.* dispositio adaptari magis potest casui, in *§. 1. infra* hoc titulo pertractato, vbi simpliciter emphyteutæ fuit nominandi concessa potestas, nō ad tempus mortis. Quare illi variādi negatur facultas, ex ratione *d. l. apud Aufidium,* quia per eam nominationem, etiā absenti & ignoranti, ex dominica concessione ius irreuocabile acquiritur, licet nō sit ad traditionem deuētum, *vt in §. 1. hac l. probatur.* In quo sane maximam habet similitudinem cum legato, cuius electio prima reuocari nequit, quia ipso iure eius dominium transit in legatarium, ex regula, *l. a Titio, ff. de furtis,* sic etiam emphyteutica nominatio, in casu dicto. *§. 2 infra hac leg.* semel facta non reuocatur, quia ipso iure nominato ius acquiritur emphyteuticum, & irreuocabile, vt *in d. §. 2.* expresse cauetur.

Verū † hæc omnia intelligenda sunt, nisi constet, emphyteutā nominantē omnino hāc a se potestatē variādi abdicare voluisse, quod in terminis legis nostræ in hoc principio, qn̄ est nominādus incertus de incertis, iā supra resoluimus fore obseruandum: quia non est, qui de huiusmodi irreuocabilitate cōqueri possit. Cuius contrariū resoluendū est, qn̄ est eligēdus, incertus de incertis, ne iis, quod mortis tēpore superfuerunt, aliquod p̄iudiciū inferatur, ac generetur. Ex his quæ habentur *in l. cum pater, §. a filia, ff. de legat. 2.* In casu itaq; legis nostræ *hic in princ.* si cōstiterit emphyteutam, quēpiam irreuocabiliter nominare voluisse, sine dubio omnis variandi potestas cessabit, quēadmodū cessat, qn̄ testator legatū ab herede p̄standū, viuus legatario inter viuos dedit & tradit, *iuxta not. in l. Lucius 22. ff. de lega. 2.* quo ēt exēplo, idem in donatione caussa mortis respondetur, ex donātis voluntate irreuocabilē fieri, *vt in l. vbi ita donatur, ff. de donat. caussa mortis, tradit Paris. lib. 3. cons. 33.* 27

At *qualiter* p̄*babitur, emphyteutā nominando, a seipso potestatem iterum nominandi abdicare voluisse,* vtilis admodū est quæstio, & in foro frequēs, ac necessaria? Lex nostra regia *in hoc princip.* vt interpretabatur insignis & excellens IC. Goncalus Valasc. olim Conimbricæ p̄fessor eximius, hāc q̄stionem indecisam nō reliq̄t, dū subdit, *Trespassando na dita pessoa todo o dereito que na dita cousa afforada tenha, ja nē podera nomear outra vez, &c.* Quibus verbis, vt Goncalus Vaz obseruauit *in l. vnū ex familia, ff. de leg. 2.* plane constat, emphyteutā tūc demū amittere variādi facultatē, qn̄ nominato cessit, & concessit omne ius emphyteuticū, quod habebat. Quæ verba intelligebat vir ille doctissimus, necessario fore adiungēda emphyteuticis nominationib. quo firma, stabilis, & immutabilis nominatio ab eo facta, qui p relationem, ad tēpus mortis, nominandi potestatem habet, esse possit: intelligens aliter, etiā si ad rei traditionē processum sit, impediri nominationis reuocationē nō posse. Inducebat vir ille vltra dicta verba legis Regię Aretinum *in l. 3. in prin. col. cum seq. ff. de verb. obl.* resoluentē, posse eligendi potestatē cedi, & in aliū trāsferri p̄curatorio saltē nomine, *vt ibi per Aret. & not latius diximus in tract. de nominat. emph quæst. 6. nu. 22.* Quod agnoscens legislator Lusitanus, in huc principio, intelligens nominantem emphyteutā, ex emphyteutica, seu dominica concessione facultatē ha-

bere, & ius nominandi pluries vsque ad mortem, & consequenter postquam nominauit vnum, adhuc penes eum manere potestatem nominandi alium: ne quomodo hoc facere posset, declarauit oportere, illum in fauorē nominandi cedere omne ius emphyteuticum, quod habet, quasi aliter sit retēturus eam potestatem alium nominandi: submota procul differentia, & controuersia, sit *ne concessa potestas eligendi incertum de certis, vel de incertis.* Quæ sane abrogāda est, quoniam quo ad reuocationem, de qua agimus, totum negotiū facit, ad tempus mortis relata nominandi facultas, non nominandorū qualitas. Et si verum sit, quod pp præiudicium eorū, qui mortis tempore supererunt, mortuo irreuocabiliter nominato filio, seu agnato, aliū de familia omnino nominare debet *per l. cum pater, §. a filia, & §. hereditatem, ff. de legat. 2.* quæ vtilis est ēt traditio & notabilis declaratio, ad ea, quæ iam supra resoluimus. Nam quemadmodum pōt emphyteuta, q nominādi vnum de certis facultatē habet, simpliciter vnum nominās, subticere, nec aliū nominare, si velit, vt sic pdicta simplex nominatio morte sua confirmetur, si ille superuiuat nominatus: ita ēt si a se variandi facultatem abdicauerit, adstringetur inuitus variādi spe carens, nisi ille prius decedat, nominati mortem exspectare: quo casu, non ex parte sua, sed magis ex superueniente casu, & nominati suscitatur potestas iterum nominandi, ne aliis, qui supererunt tēpore mortis, fiat præiudicium. Ea igitur in hoc casu obseruanda differentia est, inter certum de certis, & de incertis nominatum: q iste irreuocabiliter nominatus emphyteusin ad suos transmittit heredes, *vt hic in fin. prin. cauetur,* ille vero nomine, quia repugnat domini directi voluntas, negans quēpiam aliū, quā vnum de superstitib. tempore mortis emphyteutæ, posse nominari. Quod etiam diligenter nota.

29 Hic † vero non alienū ab instituto fore existimo, qn̄ in hac Ordinatione transferendi verbū vsurpat, ibi *Traspassando,* exponere, qualiter hoc verbū apud ICtos accipiatur. Transferre enim, idem est, q conuertere, destinare, *text. in l. vinaria vasa. 209. ff. de ver. sig.* ibi: *quoniam ad alium transferri possent.* Facit lex, *Si cui, vers. deinde, ff. quib. mod. vsusfructus amittitur,* ibi: *Deinde, & si histrioni reliquerit vsumfructum, & eū ad aliud ministerium transtulerit.* Significat ēt transmittere, seu mutare, quasi de vno ad alium ferre, ire. Et interdū respicit personas, *l. pen. ff. de vacatio. mun.* Nihil n. tā conueniens æquitati naturali, q̄ volūtatē dñi volētis rē suā in aliū transferri, ratā haberi, *l. quia ratione, §. 1. in fi. ff. de acq. rer. do. l. 1. ff. de const. princ.* Et IC. *in l. cum patrifamil. ff. de vsur.* dicit, *ad cæteros quoq; deinceps transmittitur, l. nō vult heres. ff. de reg. iur.* Vnde perpetuæ sepulturæ corpora non posse transferri scribit IC. *in l. 3. §. perpetuæ, ff. de sepulcro violato. & in §. D. Adrian.* ibi: *dicitur transferri corpus.* Et IC. alibi sic ait. *Esset n. absurdum quem prætor manente patria potestate ad actionem admittendum probauerit, et patrifamilias vltionem iniuriarum suarum eripi, & trāsferri ad patrē, qui eam, quoniam in ipso est, omiserit, l. sed si vnius, in fin. ff. de iniuriis, & in §. sed et si pater,* ibi: *Sed et si pater lite contestata, cœperit abesse, vel etiā negligere executionem pater vilis, dicendū est, cognitam translationē filio competere,* facit lex non distinguemus, §. quæsitum, ibi, *aut in alios interdum inimicos agentium transferantur.* & vers. *non aūt idem* Item sicut legatum adimi pōt, ita & in alium transferri, veluti hoc modo, *quod Titio legaui id Seio, do lego,* q res in persona Titii tacitam ademtionem continet. Quæ translatio fit quatuor modis, *vt in l. sicut. & l. seq. ff. de adim. legat.* Quandoq; verbū transferre respicit tēpus, *l. sicut. §. supervacuum. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluitur* ibi: *Doli mali exceptio incerit trāslata ad præsens tempus,* i. e. *transmissa.* facit l. *x immunitates, ff. de iure immun.* Aliquando vero respicit locum, & tunc transferre est loco ad locum ferre, mutare, traducere, *l. cum his, §. in caussa, ff. de transact.* ibi: *Aut si destinet domicilium transferre,* quod domiciliū re & facto transfertur, *l. domicilii. ff. de municip.* re, per mutationē rerum & fortunarū, *l. in leg. Censoria eod.* facto, qn̄ quis alio iuit habitatum animo constituendi ibi domicilium, tunc facto domicilium transfertur, facit lex. *in fraudem, §. Conductor, ff. de iure fisci, l. 1. §. pen. de vacatio. muner.* In prouinciam transferatur, *l. sed & si restituatur, §. sed & si dies, ff. de iudiciis, l. si cui, in fi. ff. de seruit.* & IC. exprimit, in locum commodiorem licere transferre, *l. duo fratres, ff. de relig.* Inde argentarius, si instrumentum transtulit, i. e. de vno loco, in alium locum tulit, vel commutauit, *l. prætor in fi. ff. de edendo,* transferre merces in aliam nauem, *l. si. §. 1. ff. ad leg. Rhod. de iact.* inde translata arbor, *l. idem Pompon. §. de arbore. ff. de rei vend.* Transferre corpora, de loco in locum trāsmutare. Vnde siquis in insulam deportatus, vel relegatus fuerit, pœna etiam post mortem manet, nec licet eum inde transferre aliquo, & sepelire inconsulto principe, *l. 2. ff. de Cad. punito. l. cum in diuersis. ff. de religios.* Et ne corpora, aut ossa mortuorum detinerentur, aut vexarentur, ne ve prohiberētur, quominus via publica *transferrētur,* i. e. transueherētur. Interdum respicit materiam, vt transferre pœnam, transmittere, commutare de vna in aliam, *l. aut damnū, §. quisquis, & §. seq. ff. de pœnis,* vbi in vno §. vsus est verbo, transmittere, in alio transferre. Transferre in aliud nomen, est delegare, seu nouare *l. paruis, ff. de condict. furt.* ibi: *In aliud nomen, aliumq; statū obligationis transferatur.* Transferre iurisdictionem est mandare, delegare, *l. nemo pōt ff. de reg. iur.* ibi: *Nemo potest gladii potestatem sibi datam in alium transferre,* iuncta *l. obseruare, ff. de officio. Procons.* vbi in vna est, mandare: in altera transferre. Litem transferre, est transmittere iudicium trāsfundere, *l. post litem. cum l. præced. ff. de procur. l. quæ omnia,* iuncta *l. sed etiam. cū l. seq.* ibi. *transferre iudicium, l. in caussæ, ff. de procurat. l. & eleganter, §. pen. ff. de dolo l. si eum hominem ff. de fideiuss. l. inm ex cōtractib. de iudiciis, l. prætor ff. de nox. alib.* inde, Translatum iudicium, *l. 1. in fi. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.* Transferre venditionem, pro resoluere. *l. si is qui. §. si functus, ff. quod vi aut clam.* ibi: *Fundo n. in diem addicto & cōmodum & incōmodum omne ad emtorem pertinere, antequam venditio transferatur.* iuncta *l. 2. ff. de in diem adiectio.* i. e. antequā resoluatur, & ad alium transmittatur. *Omnia quæ de duob. reis dicta sunt, & ad reum & ad fideiussorem, si fuerint, transferre licebit, l. si reus ff. de cond. indeb.* i. e. dicta, & statuta in duob. reis, habent locum in fideiussore, & reo, si soluerint, & statuta in reis duob. censentur in his statuta. *Querelam ad heredem suum transferre* pro transmittere. *l. posthumus, in h. iuncta l. seq ff. de in offic. test.* vbi in vna l. est trāsferre, in alia trāsmittere. *Trāsferre pignus, l. 2 ff. de distract. pign.* Transferatur hereditas ad fiscū, id est, applicetur, cōfiscetur, *l. pen ff. de iure fisc. cū l. si sequens. ff. ad Syllanian.* Et translata prædia fisco vindicantur, *l. Ariane, in fi. prin. ff. ad municip.*

Trans-

Transferre obligationē, ꝑ transmittere, trāsfundere, l. 1 *ff. de nonatio. l. & eleganter, §. Seruus, ff. de dolo, & l. & patri, §. si minor ff de minor. & l. si is cum ff. de interrog. actio. & l. eo tempore, §. etiam, ff. de peculio, l. quamuis §. Marcellus, ff. ad Velleia: & l. vir vxoris. hidem, & l. pater. § si minor. ff. de minor.* Transferre pro vertere, vt Græcos in latinam linguam auctores transferre, *l. 1. ff de colleg. illicit.* ibi. *Et hac videtur ex lege Stionis translata.* & transferre apud Rhethores, est cum ꝓpriam significationem, ad aliā vertimus, de quo Quintil *lib. 1.* Translatio, exornatio est, Græce dicitur *μεταφορά*, cum verbum in quandā rem transfertur ex alia re. Quod propter similitudinem recti videtur posse trāsferri. Vnde Cicero de Oratore ait. *Translationes quasi mutationes sunt, cum quod non habeas, aliunde sumas.* Et postea subdit *Translata verba quasi stella illustrant orationem*, Aleiatus *lib. 1. parergon cap. 10.* Et prætur decernere debet translationem iudicii, in statuliberum fieri, *l. prætor, ff. de noxal. action.* De iure vero Pontificio translatio est, de vna in aliam Ecclesiam legitime facta mutatio, *vt in Rub. de translatio. Episcopo item in capit. mutationes, 7. quæst. 1.* de qua late Rebuffus *in praxi benef. 1. parte. titul. de translatio. Episcopo.* Interdum Monachus de vno Monasterio ad aliud transfertur, de quo *in cap. cum singula §. 1. de prabend. in 6. & in cap. si quis iam translatus 22. quæst. 2.* de quo Rebuffus *in praxi de translation. Monacho.* Translatiuum etiam dicitur apud Ciceronem de inuentione. *Cum autem actio translationis, aut commutationis indigere videtur, Constitutio translatiua appellatur.* Vel translatiuum dicitur vulgare, & publicum, non eximium, sed plebeium ac vsitatum. Inde *translatiua officia*, vulgaria vocantur, & ab omnibus vsurpata, non ab intimis modo, & his, qui exquisite amicitiam colunt, *teste Budæo in annota. l. 10. in Pandect. in l. ex empto. ff. de actio. empt.* Translatiue, id est, defunctorie, vulgari, & non accurata diligentia, *Budæus vbi supra textu. in l. 1. §. prævaricatorem, ff. ad Turpill.* ibi, *prævaricatorem eum ostendimus esse, qui colludit cum reo, & translatiue munere accusandi defungitur eo, quod proprias quidē probationes dissimularet, falsas vero excusationes admitteret*, & *in l. 1 ff. de Iure patron.* dicitur, patronorū querelas, aduersus libertos, præsides audire debent, & non translatiue exsequi debent, non negligenter, nec leuiter, seu remisse, vel perfunctorie, sed translatitie legit Anton. Augustin. *in tit. qui pet tuto.* non translatiue, quod verbum sumtum esse ab edictis prætorum, translatitius asserit, in quibus nullam curam adhibebant, hoc idem perfunctorie, dicitur, lusorie, *l. qui libertatem, §. sed & si quis, ff. de euictio. & l. si seruus plurium, §. 1. ff. de leg. 1.* Dicimus etiam transferre actionem, *in l. si enim, in fin. ff. de exercitor. actio.* ibi. *Hoc enim casu non transfertur actio, sed adducitur.* Translata onera actionis, id est attributa, trāsmissa, *l. plane. ff. familiæ Hercisc.* vbi prius dicit *attributa*, postea *trāslata*. Et translata pecunia, *in l. si pater 2. ff. de iure dotiū.* Transferre sortis petitionem censetur, qui hereditatem restituit *l. si post. ff. de const. pecu.* Transferre ius, id est, cedere. *l. non solum, 2. ff. de noxalib. l. item cum l. sequen. ff. de alien. iud.* Ius translatū, cessum dicimus, *l. cum in fundo. §. si vxor, ff. de iure dot.* item nemo potest plus iuris ad alium transferre quam ipse habet, *l. nemo p iu. ff. de regulis. iur.* & traditio nihil amplius transferre debet, vel potest ad eum, qui accepit, quā est apud eum, qui tradidit *l. traditio, ff. de acquirend. rerū domi. & in l. quod nostrum, ff. de vsufruct.* Translatis Reipub Regimentis, *l. 1. in prin ff. de offic. præt.* Dicimus quoq; transferre possessionem, tex. *in l. qui restituere, ff. de rei vendi.* ibi. *manu militari officio iudicis ab eo possessio transferatur. & in leg. final. ff. eodem, & l. Iulia, ff. ad exhibend. & §. si quis rem*, ibi, *translata in aliud corpus.* ibidem. Vel interdum solam possessionem pignus transfert, id est, tribuit, *leg. cum & sortis in fin. ff. de pignor. actione.* Transferre conditionem, *l. obligationum fere in fine, ff. de action. & obligat.* Ceterum, vt ad institutum reuertamur, transferre dominium, de quo hæc Ordinatio mētionem facit, etiam vsurpat Iureconsultus *in lege tertia, ff. de doli exceptio. l. in omnibus, 2. ff. de actione, & obligation. l. si quis a multis, & l si noxale, in fine. ff. de noxal. actio. & l. traditionibus. C. de pactis, l. voluntate, C. quibus mod. pign. vel hypoth. solu. l. stipulatus, ff. de vsuris.*

Existimabat † igitur Goncalus Valascus, oporte-
re, nominantem palam confiteri, se cedere, & trans- 30
ferre in fauorem nominati omne ius, quod habet, emphyteuticum, quo possit, ab eo facta nominatio irreuocabilis, & firma censeri. Quæ sententia, vtique vera esse comprobatur, ex verbis dictæ l. Regiæ § *primo*, ibi. *Trespassando em sua vida, &c.* quæ sunt concepta per gerundium, quod conditionem importat, & consequenter formam inducit, vt obseruanit Bartol per tex. ibi *in l. si tu ex parte. in fi. ff. de acquir. heredi.* vbi Alexand. & alii plura congerunt, *Corneus, consil. 90. colu. 3. in principio, versicul. quia gerundium, & consil. 143. col. 3. versic. illud enim. volum. 4.* & fuit sententia Baldi *in l. falsus, colum. 2. C. de furt.* tradit Rebuffus, *primo tomo. legum Franc. Rubrica, de sententiis gloss. 6. in principio, pagin. 268. & 323. numer. 2.* tradit Parisius, *lib 2. consil. 19. numer. 4. cum sequent.* addens, quod gerundium seu verba prolata per gerundium, important, dantque modum, & formam rei, declarant actum, & illum informant, vt explicat Corneus, *consil. 172. column. 3. in fin. lib. 3.* Quamobrem hæc Ordinatio Regia, in illis verbis, *Trespassando todo o direito, &c.* modum, & formam constituit, secundum quam nominatio irreuocabilis fieri debet, non obstante concessione dominica, variandi potestatem concedente. Omnis enim conditionalis oratio formam inducit, & actū aliter celebratum vitiat. *Felinus in cap. cum dilecta, de rescript. in 2. Parisius, libro 1. consil. 95. numero 21. tradit Cotta, in memorabil. verbor. conditio, & verbo. lex notatur in l. siquidem, Cod. de præd. minor. Paulus in l. si curatorem habens. C. de in integr. restitut. minor. Alexand. consil. 137. col. 4. lib. 2. habetur in l. certa forma, & in l. prohibitum, C. de iure fisci, lib. 10.* tradit Iason hoc vsus argumento, quando verba sunt a lege prolata per ablatiuum absolutum, quod similiter inducit conditionem, & formam, *in l. si is qui pro emtore, ff. de vsucapio. numer. 60. cum seq. concordat Baptista in praxi §. 11. cap. 1. pag. 201. Rolandus consil. 82. numer. 4. cum seq.* habetur in lege a testatore, *ff. de cond. & demonstra. & in rub. ff. so. mat. matrimon.* tradit etiam Parisius *libro. 4. consil. 94. numer. 6.* iuxta quorum doctrinam, & traditionem, nisi nominationi addātur, illa verba, *Trespassando todo seu dereito &c.* a lege Regia descripta, conditionaliter apposita, & sub forma necessario obseruanda, reuocabilis, aut firma nominatio censenda non est, quoniam forma a lege

quein nominatum transfert ius illius, & potestatem reuocandi, & iterum nominandi retinet, *per suprascripta.* Quamuis supremum Senatum Lusitaniæ aliquando contrarium censuisse doceat eiusdem ordinis Gamma, *q.216.in prin.* quod & ipse probare videtur.

32 Sed † an oporteat, nominationi emphyteuticæ illa verba, expresse adiicere, *Dizendo, que traspassaua, como polo presente traspassou nelle dito N. todo o dereito, que no dito prazo tinha,* Quæstio est non vulgaris? Videtur enim prædicta verba necessario nominationi fore adiicienda, quia pro forma a legislatore censentur descripta, & per gerundium prolata, *vt supra aduertimus*, quare in forma specifica debent apponi, non per æquipollens, *iuxta not. in l. qui heredi, & in l. Meuius, ff. de conditio. & demonstrator.* Quocirca opinantur pragmatici nostri, quod nisi illa verba legis Regiæ, formaliter in nominatione descripta reperiantur, & a nominante pronuntiata, formæ a lege Regia traditæ nullatenus satisfactum est. Cuius etiam opinionis fuisse Gonsalum Valascum olim Conimbricæ Primarium referunt, dum legeret, *l. vnum ex familia.* Ego tamen contrarium censeo verius esse. Etenim legislatoris sensus, & intentio non fuit, formam verborum præscribere, per quam, & nõ aliter nominatio irreuocabiliter fieri posset. Solum n. sanxit, oportere emphyteutã nominãtem omne ius emphyteuticũ, quod habet, cedere, & transferre, in nominatũ, vt irreuocabilis ab eo facta nominatio cẽseti valeat, idque tantum pro forma requiri, libenter admittimus. Nam aliter nisi emphyteuta totum ius emphyteuticum transferat, vt hic legislator voluit, variandi potestatem retinet. Ceterum quo nã modo, seu per quæ verba, nominans intelligatur totum ius cessisse, & in nominatum transtulisse, lex Regia, non docet. Secundum igitur iuris cõmunis regulas ea res censenda erit. Id enim tantum lex Regia statuit, oportere, quod emphyteuta omne ius emphyteuticũ cedat, quocunq; modo illud fiat. Quocirca quoties emphyteuta quispiã nominauit, & per dictionem *tantum*, vel aliam taxatiuã fructus reseruauit, variare amplius non poterit: ex eo enim quod taxatiue sibi fructus reseruauit, cetera iura emphyteutica sine dubio transtulisse videtur, & a se abdicasse ex regula *l. cum prætor, ff. de iudiciis, & in l. maritus, C. de procurator.* Quamobrem simulac emphyteuta, ex iuribus emphyteuticis vnum tantũ reseruauit, scilic. vsum fructum rei, quoad viueret (quod est vnum de iuribus emphyteuticis, ab vtili dominio procedens) vtique cetera omnia iura nominato concedere visus est: quoniam vnius iuris reseruatio, seu retentio taxatiue facta, est ceterorum iurium remissio, & relaxatio, *vt tradit Parisius, libr. 1. consil. 8. nume. 8. & consil. 9. n. 11. Alciatus in l. quod sedem, n. 46. de officio ordinarii, Iason, consilio. 45. a numero 5. lib. 1. Bossius titul. de Regalib. n. 23.* Decius qui ita arguit *consil. 297. post numer. 3.* cuius ad hoc meminit Rubeus, *consil. 50. numer. 2. Bertrandus lib. 3. consil. 276. Aymon consil. 214. numer. 13.* quo loco, *nu. 11.* notabiliter addit hanc fructuum reseruationẽ, maximum præstare argumentum, quod inter viuos nõ mortis caussa, emphyteuta voluit nominare, & si verum sit, fructuum reseruationem, non mutare naturam donationis caussa mortis, *vt tradit Parisius lib. 2. consi. 16. n. 11. cum seq.*

33 Ex † quibus infertur vtiliter ad casum, quo emphyteuta promisit nominationem non reuocare: In qua specie iam supra *q. 2.* aduertimus, cessare reuocationem. Quod prædicta ratione confirmatur, quoniam hoc casu videtur nominans a se variandi potestatem abdicasse, quamuis non adiecta reperiantur verba illa legis Regiæ, *Traspassando todo o direito, que tinha. &c.* Vbi tamen diximus, id solum obseruandum, vbi est eligendus incertus de incertis, non sic, quando de certis, propter eorum præiudicium, qui superernnt tempore mortis emphyteutæ. Quæ sane traditio intelligenda est, nisi is nominatus irreuocabiliter, etiam superuiuat, nec ante nominãtem decedat, quoniam hoc casu reuocari in eius fauorem nominatio non potest, *iuxta ea, quæ supra diximus, n. 28.*

34 Hinc † etiam infertur, ad nominationem iureiurando confirmatam, quam similiter supra resoluimus, reuocari nõ posse: quod a prædicta ratione procedit: quia satis est, constare, quod emphyteuta a se variandi potestatem abdicauerit. Infertur ẽt, quod nec geminata nominatio reuocabitur, *vt supra diximus, cap. 2.* Quæ intelligenda sunt, nisi nominãti, ab ipso nominando, vel ab ipso notario, qui nominationis instrumentum erat confecturus, vel a quolibet alio persuasum sit, in ea forma, cum iuris translatione, & cessione, salua reuocandi, & variandi facultate, quam nihilominus retinebat, oportebat fieri nominationem: In qua specie, quæ frequens est, in praxi aliquando respondimus, concedendam esse reuocandi potestatem, non obstante quacunq; verborum conceptione, & iuris in fauorem nominati, facta cessione. Siquidem constat eam potestatem, nominantem dimittere noluisse, deceptumque fuisse, vt notabiliter probat Corneus, *consil. 126. lit. M. cum seq. lib. 1.* vbi in donatione caussa mortis loquitur, ab infirmo facta, cum clausula de non reuocando, & iuramento adiecto: nihilominus propterea, quod illi fuit dictum, quod non impediebatur reuocatio, posse variare respondit.

35 Subdit † vlterius legislator *in dict. §. 1. Quer per titulo de dote, &c.* quibus verbis sanxit, nominationem factã ab eo, qui nominandi potestatem habet, per relationem ad tempus mortis reuocari libere posse. Vrgere tamen videtur, si consideres dotis titulum, & caussam irreuocabilem esse, quia caussam habet onerosam, *vt tradit Fernan. Arias in l. 15. Tauri, n. 6. cum seq. Tellius in l. 17. eod. n. 76.* quo argumento videbatur sane resoluẽdum, dotis caussa emphyteusin datam, amplius reuocari non posse. Cuius tamen contrarium lex Regia hic probat, quia dotis datio nominationis vicem obtinet. *l. vnum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legat. 2.* Quamobrem tacitam habet caussa dotis datio relationem ad tẽpus mortis, quia subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur, *l. si eum, §. qui iniuriarum, & ibi Bart. & alii, ff. si quis cautio. late scribentes in §. fuerat, Inst. de actio. & in cap. cum tu. de vsuris.* Quapropter quemadmodum simplex nominatio, facta, reuocabilis est, ita & dotis datio reuocari vsq; ad mortẽ põt, quod in donatione caussa mortis esse obseruandum tradit Paulus Parisius *libro 2. consi. 16.* Verum si ex caussa dotis emphyteuta totum ius cedat emphyteuticum, & in fauorem sponsi transferat ad instar nominãtis, & vniuersũ ius trãsferentis, amplius reuocare non potest, vt hic palam sanci-

ſancitum eſt. Aliter & ſi ad traditionem rei emphyteuta procedat, impediri reuocatio non poterit: quoniam, vt iam diximus, rei traditio, quæ ad exſecutionem præcedentis tituli pertinet, illius obſeruat naturam, & conſequenter tacitam habet ad tēpus mortis relationem, & ſic reuocabilem naturā, vt in donatione cauſſa mortis obſeruandum probat Iureconſultus, *in l. non omnis, ff. ſi cert. pet. Bart. in l. legatum, ff. de leg. 2. n. 3.*

38 Vnde † ſi cum titulo dotis concurrat vſusfructus reſeruatio, per dictionem taxatiuam, *tantum, duntaxat*, aut ſimilem, ſine vllo ſcrupulo reſoluendum eſt, ceſſare reuocationem, quoniam in hac ſpecie conſtat, dotem conſtituentem cetera iura emphyteutica ceſſiſſe, *vt diximus*, obſeruandum in nominatione, quæ irreuocabilis ſit, quoties emphyteuta, vniuerſum ius emphyteuticum ceſſit, aut aliter conſtat, ius, & poteſtatem variandi a ſe abdicaſſe, vt contingit, quando promiſit, non reuocare: ſatis eſt enim ad impediendam reuocationem, rem animo, perpetuo dandi, & penes accipientem permanendi eſſe traditam, *l. ſed niſi, 9. ff de iure dotium.*

37 Limitatur † etiam lex iſta, niſi emphyteuta, ius emphyteuticum cedat, & transferat, ex aliqua cauſſa oneroſa vltro, citroque obligatoria, qualis eſt emtionis, & venditionis, ſeu permutationis; ex qua cauſſa ceſſat, & tacita nominatio, quæ in eo eſt irreuocabilis, ne quo modo bona fides contractus claudicet: quod lex Regia innuit, hic in princ. ibi, *que per titulo de dote, quer per qual outro, &c.* Ad de ſimilem ex Afflicto, *q. 244. Panormit. in cap. 2. de feriis, n. 1. & ibi additio. Felin. in cap. ſedes, de reſcript. n. 6.* idq; efficacius probat legislator ibi. *Podera diſpoer da dita couſa, como diremos no titulo ſeguinte*, quo in loco comparat nominationem, cum totius ceſſione, cōtractu emtionis, *de quo infra tit ſeq.*

38 Limitatur † etiam Ordinatio noſtra, ſi is, qui totum ius emphyteuticum ceſſit, nominatim ſibi reſeruet, poteſtatem de eadem re emphyteutica diſponendi pro arbitrio, & voluntate ſua, vt explicat Pariſius *lib. 3. conſil. 33. a numer. 37.* quo in loco defendit hanc reſeruationem diſponendi, dum vixerit, ad diſpoſitionem inter viuos tantum eſſe referendam, non ad teſtamentariam: Quod etiam contemnendum non eſt.

39 Vltimo † pro reſolutione huius principii aduerto, hanc legem Regiam reſtringendā fore ad caſum duntaxat, in quo loquitur, hoc eſt, ad conceſſionem factam ad tempus mortis, ſeu cum emphyteuta morietur. Cui quidem hypotheſi, conueniunt optime, quæ de reuocanda nominatione ſcripſimus, non ſic, quando ſimpliciter alicui fuit nominandi conceſſa poteſtas, *vt infra in §. 1. hoc tit.* in qua ſpecie, cū ſemel nominās ſit quaſi ſuo officio functus, amplius nominare non poteſt, *vt in d. §. 1. differemus.* Vnde ſi contingat, alicui concedi poteſtatem nominandi in vita, vel cum morietur, vt paſſim emphyteuſis concedi, in his regnis conſueuit, *Para vos Ticio, & voſſa molher, & hum filho, ou filha que o derradeyro de vos nomear em ſua vida, ou a hora de ſua morte*, vel ſic. *Pera vos Ticio, em primeyra vida, & que poſſaes nomear a ſegunda em voſſa vida, ou a hora de voſſa morte, & que eſta ſegunda por o meſmo modo poſſa nomear a terceyra*, ex parte pragmatici, & diu in foro verſati, non inficiabuntur, omnes fere emphyteuticas conceſſiones ad hanc vulgarem formulam hiſce temporibus apud nos, plerumque reduci, iiſdemque adaptari huius Ordinationis Regiæ diſpoſitionem, quod & Doctores erudititiſſimi paſſim admittunt. Ego vero contrarium opinor, ingenueq; agnoſco, in huiuſmodi conceſſionibus, directum dominum, non ſimpliciter ius & poteſtatem nominandi, *cum emphyteuta morietur*, ſed magis alternatiue, quando ille noluerit viuus nominare. Vt plane oſtendunt illa verba, *em voſſa vida, ou a hora de voſſa morte.* Ex qua verborum conceſſione, duplex reſultat nominādi poteſtas, altera, in vita, altera in morte: alternatiue tamen, vt ſic poſſit emphyteuta, ea vti, quæ ſibi magis placuerit, & iuxta eam formam nominare. Quamobrem ſi contingat, emphyteutam eligere viam ſeu poteſtatem nominandi in vita, quod facere recte poteſt, cum ſic in vita, aut in morte nominandi facultas conceſſa, vtique ſemel factam nominationem reuocare nō poterit, ex regula tex. *in §. 1. infra hoc tit. & in l. apud Aufidium, ff. de optione legata*, tradunt ſcribentes, *in l. ſeruo electio, e. in princip. ff. de legat. 1.* Sibi enim debet imputare emphyteuta variandi ſtudioſus, qui viam elegit, per quam ſemel tantum, & non pluries, poteſt nominare. Etenim ſimulac inter viuos nominauit, videtur ſine dubio alteram partem alternatiuæ, & ſic facultatem nominandi, cum moreretur, neglexiſſe, ex regula *l. cum prætor, ff. de iudiciis, & l. maritus. C. de procurator.* Quapropter naturæ alternatiuæ, quam elegit, adhærere debet, & poteſtate reuocandi ſemel factā nominationem carebit, perinde ac ſi ſibi nominandi poteſtas, ſimpliciter fuiſſet conceſſa, vt *in §. 1. infra hoc tit.* ſancitum eſt.

Id † enim ordinarii iuris eſt, habētem duo remedia, electo uno, alterum cōquieſcere, vt notatur *in l. fin. C. de codicill. vbi Doctores, & Boerius, q. 33. num. 15. Maſſa, in tractat. de obligat. in forma Cameræ, pagin. 80. Costa in memorialibus, verbo. ſtatuto. verſicul. tertio quæro.* tradit *Boerius in l. conſentaneum, C. quomodo & quando iudex, numer. 83. Mynſinger. in. lib. deciſio. Cam. Imperial. centur. 3. q. 23.* Ex quorum traditione deducitur, verum eſſe, quod aſſerimus, emphyteutam, cui eſt alternatiue conceſſa poteſtas nominandi, in vita, aut cum morietur, ſecundā vel tertiā perſonam, ſimul ac in vita nominauit, amittere ius & facultatem alternatiuæ, & conſequēter nominandi poteſtatem, cū morietur, & perinde cenſendum eſſe, ac ſi ſimpliciter tantum, aut in vita, illi nominandi poteſtas fuiſſet conceſſa: in qua ſpecie ſemel tantum, & non pluries nominare fas eſt, *vt in §. 1. infra eod.* Quod nos ita aliquando, in caſu ſatis maximi momenti reſpondimus, non ſine magna noſtrorum pragmaticorum, & Curialium noſtrorum admiratione, qui hanc nouam eſſe animaduerſionem ingenue fatebantur, & ſummopere obſeruandum. Inducebam etiam in hanc rem textum elegantem *in l. poſt diem 7. ibi. Neq; variare ff. de lege commiſſor.* & quod in eius ornatum tradit Tiraquell. *libr. 1. retract. §. 1. gloſſ. 10 numer. 20. & 22. & lib. 2. §. 4. gloſſ. 10. nu. 2. & Boerius, q. 309. nu. 5. Gigas de penſio. q. 73. nu. cum Tiraq. in l. boues, §. hoc ſermone, limit. 1. numer. 14. ff. de verbo. ſignif.* 40

Etſi † non ignorem quoſdam, ne a vulgo probata ſententia recedant, reſpondiſſe, primam illam alternatiuæ partem *em ſua vida*, in fauorē emphyteutæ adiectā eſſe, vt nō modo, cum moreretur, nominare 41

nare

nare posset, sed etiam & in vita, ne quis dubitare valeat, cum etiam in vita nominare posse. Qua ratione etiam ad hunc effectum, censent, in fauorem emphyteutæ ad omnem difficultatem submouendam, illam clausulam fuisse adiectam, ac proinde absurdum esse, existimare, illum semel factam in vita nominationem reuocare non posse, contra *l. quod fauore, ff. de legib. & l. legata inutiliter, ff. de adim. legat.* Quam sane interpretationem ego nunquam probare potui, dum considero ordine turbato viros illos, priorem partem alternatiuæ, ad augmentum posterioris additam fuisse, intelligere, cum contrarium verius sit, secundam partem alternatiuæ, in fauorem & augmentum primæ adiectā censeri: quare nomerus primus, seu prima pars alternatiuæ, ad augmentum secundæ adiecta dici nequit, quia hæc adhuc non est in rerum natura. Quare perperam asseruot illi, exstante prima concessionis suprascriptæ forma, primam partem, augere & declarare secundam, vt sit sensus, emphyteutam posse non modo, cum morietur, verum etiam & in vita nominare cum potestate reuocandi: Quod sane iuris ratio non admittit, neque rectus sermo patitur: Imo cōtrarium verius est, vt non modo emphyteuta, in vita semel, & irreuocabiliter nominare possit, sed etiam reuocabiliter per actum & viam vltimæ voluntatis, iuxta quam interpretationem illa pars secunda alternatiuæ, *ou a hora de sua morte*, fuit adiecta, ad augmentum, & ampliationem prioris, *em sua vida*, vt non minus in morte, quam in vita emphyteutæ, ad emphyteusin sub ea forma concessam nominare liceat. Quæ fuit necessaria ampliatio ad submouendam difficultatem a Parisio tractatam, *libr. 3. consil. 33. a nu. 57.* negante habentem facultatem disponendi in vita, posse testamento disponere.

42 Denique † abs re dictum esse videtur, priorem illam partem alternatiuæ, per quam fuit concessa potestas nominandi in vita, fuisse inductam ad ampliationem secundæ, in qua fuit cnncessa facultas, eligendi in morte: quoniam, vt iam supra adoertimus *cap. 3. num 14.* qui habet potestatem nominandi cum morietur, potest viuus nnminare, vt habetur *in l. cum pater, §. a filia. ff. de legat. 2.* Ex quibus prædicta solutio, & interpretario omnino reiicienda est, quamuis non careat, grauissimis viris huius factionis auctoribus?

ARGVMENTVM.

Variare nequit, cui simpliciter est concessa nnminandi facultas, oulla facta mortis mentione. Et Emphyteuta, quando possit nominationem seu electionem a se factam reuocare?

SVMMARIA.

1 *Variare nequit, cui simpliciter est concessa potestas nominandi seu eligendi, nulla facta mortis mētione.*

2 *Variatio cessat, vbi iam est nominato ius quæsitum, per solam nominationem.*

3 *Potestas nominandi concessa in contractibus potest reuocari.*

4 *Vltima voluntas nequit esse in pendenti.*

5 *Nominationis reuocatio cessat, vbi per nominationem ius acquiritur nominato.*

Emphyteuta nominās solā declarat, ideo non variat.

Nominatio sola sine traditione præstat vtile dominiū.

6 *Nominans quando sibi reseruauit potestatem iterum nominandi, aut de re disponendi, variare potest.*

7 *Potestas reuocandi debet reseruari in ipsa nominatione.*

Nominatus repetit expensas factas ab emphyteuta.

8 *Nominatio si est nulla, impedimento esse non potest quominus alia fiat.*

Actus nullus non est actus.

9 *Interpretata Ordinatio, lib. 1. tit. 12. §. 5.*

Iurisdictiones sunt distinctæ, Ecclesiastica & secularis.

10 *Iudex secularis si velit cognoscere, de re seu caussa ad iudicem ecclesiasticum pertinente inhiberi potest, & per censuras ecclesiasticas compelli, ne de caussa cognoscat.*

11 *Acceptatio nulla non nocet exspectanti.*

Alienatio nulla non præstat actionem commissi.

Electio nulla non impedit aliam posse fieri.

12 *Paria sunt non eligere vel nulliter eligere.*

Paria sunt non præsentare, vel nulliter præsentare.

13 *Per inualidum etiam nullo consumitur potestas data ab homine.*

Delegati potestas exspirat per sententiam nullam.

24 *Beneficium perditur etiam per matrimonium nullum.*

Indignum eligens etiamsi nihil agat, amplius nominare non potest.

15 *Nominatio quando est ipso iure nulla reuocari potest per aliam, non quando mero iure valet, licet ope exceptionis vel alia elidi possit.*

Sententia quando est ipso iure nulla, iudex qui eam tulit poterit iudicare.

16 *Nominatio etiam nulla reuocat primam reuocabilem.*

CAPVT V.

DEsiderat † iam susceptæ ab initin materiæ institutum, vt ad §. 2. explicatinnem progrediamur. Subdit igitur Lusitanus legislator. *E se no contracto do foro principalmente feito entre o foreiro, & o senhorio, lhe for dado poder que possa nomear, ao dito foro hũa pessoa nano fazendo mencano no dito contracto de morte, em tal caso despois que elle hũa vez nomear alguna pessoa, nano podera mais renogar essa nomeacano, nem fazer outra segunda, perque a primeyra seia renogada, & ainda que a faca, nano valera, porque por a primeyra nomeacano postoque o nomeado, não seia sabedor da dita nomeacano he acquirido tanto direito ao nomeado, que lhe nano pode ja ser renogado,* id est, *sin antem in contracta emphyteutico præsertim, inter dominum & emphyteutam celebrato, potestas tribuatur, nominandi ad emphyteusin vnam personam, remota mortis mentione: tunc si semel elegerit vel nominauerit, prædictam nominationem minime reuocare poterit, neque alteram posteriorem facere, qua prior reuocetur: & quamuis faciat nullius erit momenti, quoniam ex prima nominatione (quamuis nominatus ignorauerit prædictam nominationem) tantum iuris nominato acquisitum est, vt amplius ei adimi non possit.* Hactenus Lusitanus legislator, qui palam voluit restringere dispositionem superius initio tituli propositam, vt solum procedat, & locum habeat, vbi emphyteutæ fuit a domino directa concessa nominandi potestas, *cum moreretur*, quo casu ille text. loquitur, vt ibidem aduertimus, ex singulari illa ratione, quod omnis actus habens relationem ad 1

tempus mortis, eu vsque reuocari potest: Nun si quando emphyteutæ simpliciter, nulla prorsus mortis facta mentione, nominandi potestas tributa fuit, quoniam hoc casu quemadmodum prædicta ad tempus mortis relatio cessat, & variatio seu variandi potestas indulta cessare debet. Eam autem tunc demum ipse dominus cōcedere visus est, quādo per relationem ad tempus mortis, nominandi facultatem elargitus est, & hoc innuit legislator, ibi dum subdit, *Não fazendo menção no dito contracto de morte, não podera mais reuogar, &c.* id est, *non facta in contractu mortis mentione, reuocandi sublata omnino facultas est.* Quæ resolutio iuris præceptis consentanea est, vt est videre per Bartolum, *in l. vnum ex familia, in fin. princ. ff. de leg. 2.* vbi postquam, *numer. 1.* obseruauit, ex eo text. habentem potestatem eligendi vnum de familia, cui restituere fideicommissum debeat, cum morietur, posse semel factam electionem reuocare. Opponit de *l. statuliberum, §. Stychum, ff. de legat. 2.* Vbi heredis electioni testator cōmisit, vtrum vellet mihi Stychum, aut Pamphilum dare: & semel factam electionem non posse heredem variare Pomponius scripsit, in hæc verba, *Cum autem semel dixerit heres, vtrum dare velit, mutare sententiam non poterit.* Opponit etiam de *l. huiusmodi 84. §. Stychum, ff. de legat. 1.* Vbi similiter Iulianus casum posuit, in quo heredi fuit commissum, vtrum, vellet, daret: & respondet, *Cum autem semel dixerit heres, vtrum dare velit, mutare sententiam non poterit:* ex quorum Iureconsult. responsis plane colligitur, habentem potestatem eligendi, semel tātum eligere posse, neque amplius mutandi voluntatem, facultatem habere. Cui difficultati respondens Bartolus (quod ad rem spectat) inquit, ideo Pomponium, & Iulianum in dictis iuribus respondisse, neutiquam posse heredem variare, quia simpliciter, non per relationem ad tempus mortis, illi fuisse concessam eligendi potestatem constat. Et hæc est ab scribentibus vtrobique recepta sententia, & *in l. seruis electione 3. in princ. ff. de legat. 1.* Vbi etiam concordans Paulus ait, serui electione legata, semel dumtaxat optare possumus, *& ibi late per Doctores.* Functus est enim officio suo, is, qui eligere debet, cum semel elegit, *vt tradit Baptista, in l. diem functo, ff. de offic. assessoris, numer. 8. & 9.* Quod in huiusmodi electionibus, seu nominationibus, necessariis admittendum est, *ex Bartolo, Paulo, & Panorm.* quorum meminit Fortunius, *in l. 1. ff. de pactis, n. 43.* Fouetque vulgaris illa regula, quod semel placuit, *de regul. iur. in 6. & in l. nemo mutare, ff. eod. titul.* per quam passim interpretes nostri negant potestatem variandi, maxime in præiudicium tertii, *vt traditur in cap. publicato, de electio. Panorm. in cap. cum sicut, de iure patron. & in cap. cum Bertoldus de re iudi. Doctores in l. seruus electione, ff. de legat. 1. & in d. l. huiusmodi, §. Stychum, eod. tit. rursus, & in l. apud Aufidium, ff. de optio. leg. tradit Quintilianus Mandosius in regula Cancell. 32. q. 18. numer. 13.* inferens proinde *num. 14.* habentem potestatem declarandi, semel tantum posse declarare, *glossa verbo secundum, & ibi Bartol. & alii, in l. quicquid adstringendæ, ff. de verbo. oblig.* Quare, vt eo loco Mandosius probat, qui semel potest nominare, factā nominationem reuocare nō potest, *vt voluit Rota, nona, 22. & 35.* cuius etiam meminit Tiraq. *in l. boues, §. hoc sermone, Fallen. 23. n. 4. Felinus in capit. ex parte decani, nume. 15. versic. item dicas, de Episcopis, extra, de rescript. latius Loazes in §. Diui. l. filiusfamilias, ff. de legat. 1. nu. 37.* Quod etiam Tiraq. *in l. boues, § hoc sermone, ff de verbo. sign. limit. 9. n. 9.* tradit obseruandum in electione, quæ ab homine concessa semel facta reuocari non potest, *vt habetur in cap. si compromissarius, de electio. in 6.*

1 Ex † quibus proculdubio verissima redditur huius legis Regiæ differentia, constituta inter nominandi potestatem simpliciter emphyteutæ concessam, nulla prorsus mortis facta mentione, & cōcessam facta relatione ad tempus mortis, quoniam, vt prædiximus per hanc facta nominatio reuocari potest, quasi id dominus cōcesserit, per illam vero minime, quasi negauerit & voluerit, quod semel tantū, & non pluries posset nominare. Quæ sane ratio differentiæ reiicienda neutiquam foret, nisi lex nostra Regia aliam longe dissimilem addidisset, ibi *Porque por a primeyra nomeacano he acquerido tanto direito ao nomeado que lhe não pode ja ser renegado.* Quibus quidem verbis non videtur lex Regia eam differentiæ rationem confirmasse, a nobis suprascriptam, quod in casu huius §. 2. visus est dominus directus variandi facultatem negare, sed ex eo id obtinuisse, quia per eam nominationem iam est nominato ius emphyteuticum irreuocabiliter acquisitum. Quæ est ratio, propter quam Bartolus, & alii Doctores communiter, *in d. l. seruis electione, & in d. l. vnum ex familia,* probat, *in d. l. huiusmodi, § Stychum, & in d. l. statuliberum, §. Stychum ff. de leg. 2.* negari variationem semel factæ electionis, quæ reuocari non potest, quia ipso iure est legatario ius acquisitum, quasi a principio pure & simpliciter legatum illi fuisset relictum. Et hæc est ad illa iura necessaria decidendi ratio, a Iureconsulto tradita, *in d. l. apud Aufidium, 20. ff. de optio. lega.* ibi. *Quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumsit quia etiam res continuo eius fit, simulac dixerit eam se sumere.* Cui quidem decidendi rationi adhærere Lusitanus legislator *in hoc §. 2* voluisse videtur, quatenus negat, emphyteutæ variandi potestatem, quia semel facta nominatio ius præstat nominato, irreuocabile. Quod etiam obseruauit Bartolus per text. ibi *in l. si is cui, 19. ff. de legat. 2.* resoluens minime nocere, quod eligens ignorauerit, sibi concessam fuisse electionem: quoniam per electionem facta est executio per dominii translationem, quare negari debet variatio, *Socinus, d. l. seruis electione, col. 3. ff. de legat. 1. Bartol. in l. insulam, q. 4 ff. de verbo. obligat. Gonsalus in epitome contract. cap. 11. ante numer 44. tradit Peralta in l. 2. ff. de legat. 2. nu. 1. Tiraquel. in l. boues, §. hoc sermone, ff de verbor. sign. Fallen. 23. Menesius, d. l. vnum ex familia, §. sed si fundum. ff. de legat. 2. nu. 15. Tellius Fernand. l. 35. Tauri, n. 1.*

2 Verum † hæc ratio, quæ communis est, & necessario obseruanda, *vt superius aduertimus,* si recte cōsideres, nostræ legis Regiæ dispositioni adaptari non potest, quæ loquitur in potestate nominandi cōcessa in cōtractu emphyteutico, quæ reuocari sine dubio potest, quamuis nequeat concessa in vltima voluntate, quo casu tantum loquuntur iura a nobis supra adiecta, non in concessione per viam cōtractus, qualis est ista, quam tractamus, omnino restringēda *per l. eum qui certarum, §. fin. ff. de verb. oblig.* Vbi hoc ita Bartol. & Doctores probant, communiter Ripa *in d. l. seruus electione, n. 15 ff de legat 1. Tiraq. d. l. boues, §. hoc sermone, limit. 13. ff. de verbo. signif. n. 9.* & est com-

munis

communis scribentium resolutio, *teste Molina lib. 2. de primog. Hispan. cap. 4. nu. 35.* resoluente hanc differentiam obseruandam inter potestatem cõcessam in testamento, & contractu. Nam quamuis p illam facta nominatio, reuocari non possit, ex ratione suprascripta, quia facta est executio, & ipso iure quæsitum dominium, *vt modo diximus, & tradit ibidem Molina. numer. 22. cum seq.* Per hanc nihilominus facta nominatio reuocabitur: quia ex contractu, nõ solet ipso iure fieri executio, & dominium trãsferri, *secundum ea, quæ notantur, in l. traditionibus, C. de pactis.* Quocirca in contractibus illa cessat ratio, propter quam in vltimis voluntatibus variatio negatur, *vt aduertit gloss. fin. in l. statuliberum, §. . ff. de legat. 2.* communiter recepta secundum Vincentium de Herculan. *in d. l. serui electione, col. 3. in fin. ff. de legat. 1. & ibi Bartol. nu. 2. Iason. n. 11 & Ripa, 15. & Alciat. 2. gloss. & Grego. Lupi in l. 25. tit. 9. Part. 6.* quamuis a ratione glossæ, Paulus, Baldus, & Imola ibidem recedant. Verum tamen est, quod vbi sola electio, non præstat dominii executionem, quemadmodũ contingit in electione competenti per viam contractus, quamuis illa testamentu fiat, quia a primo concedente electus capit, non ab ipso nominante, *vt diximus per d. l. vnam ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* in confesso est, negari non posse, variationem, quia cessat ratio Iureconsulti, *in d. l. apud Aufidium, ff. de optio. lega.* vt præfati interpretes docent, & Bartolus receptus, *in l. . nu. 12 ff. de legat 1.* firmans proinde negari non posse variandi potestatem, quando testator concessit eligendi facultatem rerum alienarum; quo casu, quia facta electione rei, rei electæ dominium non acquiritur (inquit) concedi variatio debet, *tradit post alios Ias. num. 14. d. l. serui electione, & ibi Alciat. n. 2 Ias. etiã in l. huiusmodi. §. Stichum ff. de leg. 1. n. 2.* quamuis aliter loquatur Alexand. *in l. si quis stipulatus, nu 7. ff. de verb. ob.* & Custa præceptor meus, *lib. selectarum, 2. cap. fin. n. 7.*

4 Quæ † profecto differentia inter potestatem nominandi concessam in vltima voluntate, & contractu, eo mihi magis placet, quia ex nostris auctoribus nonnulli intelligunt id occessare variationẽ, quando testator concessit eligendi potestatem: quia vltima voluntas non potest esse in pendenti, vt cum cõmuni resoluit Peralta *d. l. statuliberum, §. Stychum, n. 5. ff. de legat. 2. pag. 155. gloss. in l. 25. titu. 9. part. 6. in princ.* Quæ similiter ratio in contractibus deficit, *vt in eodem loco Gregor. Lupus aduertit.* Quamobrem legis nostræ dispositio, *in hoc §. 2* quatenus emphyteutæ negat variandi potestatem, & semel factam nominationem reuocandi, eximio olim Iureconsulto Goncalo Valasco Pinto, rudis, indocta, & omnino iuris nostri præceptis repugnans visa est, dum *legem vnam ex familia,* interpretaretur in Conimbricensi gymnasio.

5 Ego † autem (parcant mihi piissimi manes illius excellentissimi viri) contrarium censeo, intelligoq; hanc legem Regiam *in hoc §. 2* Iureconsultorũ traditionem obseruasse, & secundum eorum doctrinã respondisse, emphyteutam, semel factam nominationem reuocare non posse: quia per eam nominationẽ ius emphyteuticum irreuocabile nominato acquiritur: quo casu dicitur iam executio facta, nõ minus quam per electionem, seu nominationem, ex testamentu factam. Quamobrẽ nulla prorsus poterit differentia, inter contractus, & vltimas voluntates constitui, *vt tradit Iason in d. l. serui electione, ff. de legat. 1. n. 14. & ibi Ripa, n. 15. Tiraq. in l. si vnquam, C. de reuoc. donation. verbo reuertatur, numer. 153. Ripa etiam in rub. ff. de re iud. numer. 19 Molina ... Rouf. §. 10. numer. 10.* Et hoc est profecto quod nostra lex Regia, in §. 2. subdit. *Porque por a primeyra nomeacão he tanto dereito acquirido ao nomeado, que lhe não pode ser tirado.* Quæ quidem verba, & si prolata sint, per viam rationis, non dispositionis, palam nos docent, id speciale habere has emphyteuticas nominationes, vt ipso iure, & si ad traditionem processum non sit, plenum ius emphyteuticũ acquiratur, quod in vtili dominio consistit. Quapropter nulla iuris ratio admittit, posse has emphyteuticas nominationes, ab electionibus testamentariis segregari, quæ magis coniungendæ sunt, ac copulandæ siquidem in vtrisq; ipso iure fit executio, & transfertur dominium, quæ mihi firma & stabilis videtur decidẽdi ratio. Vt interim missum faciamus quod nonnulli aiunt, in hac specie, emphyteutã nuntium dumtaxat declaratoris ministerium exercere, quare neque variare potest. *vt tradit Peralta in l. vnam ex familia, § sed si fundum, nu. 2 ff. de leg. 2 pag. 581.* Qualiter autem defendi queat, ex sola nominatione ipso iure acquiri nominato ius emphyteuticum vtileq; dominium, inferius tractabimus *in comment. de acquis. emphyt.*

Restringi † tñ suprascripta possunt, quando nominans, nihilominus sibi reseruauit, facultatẽ iterũ nominandi, seu de ea re emphyteutica disponendi, quoniã hoc casu magis videtur nominasse per relationem ad tempus mortis, quam inter viuos irreuocabiliter, & propterea variare & alium nominare libere potest, vt resoluit Parisius *lib. 3. consi. 33. nu. 57.* Vbi postquam per multa probauit, donationem, de qua ibi inter viuos, & consequenter irreuocabiliter factam fuisse: subdit, omnia cessare, propter reseruationem factam a donatario, quod possit nihilominus pro arbitrio suo, si vellet, de eadẽ re disponere. Quod et Parisius pbat, *cons. 90. eod. lib. 3.* resoluens huiusmodi donationem inter viuos factam, reseruata variãdi, seu illã reuocandi facultate, resolui in conditionalẽ, nisi reuocetur Et habent Hispani legem optimam *17. Tauri, ad fi.* Vbi postq̃ statuit meliorationem de tertio filio factam, & traditam reuocari non posse, subdit, *sino reseruasse elque lo hizo en el mismo contracto, el poder para lo reuocar,* & ibi glo. obseruauit rationem esse, quia hæc reseruatio, efficit donationẽ conditionalem vt obseruauit Speculator *in tit. qui fil. in fin legitimi, vers. sed nunquid.* & Innocen. *in c. verum, de fo. comp.* iuxta quam declarationem hæc lex Regia interpretanda est, ac restringenda, nisi emphyteuta nominans variandi facultatẽ sibi reseruet: quoniam tũc reuocare nominationem põt. tam in vita, quam in testamento, seu qualibet alia vltima volũtate, si modo reseruatio indefinite facta sit. Aliter si limitata reperiatur, ad actũ inter viuos, testamento facta reuocatio impedimento non erit, *ex reg. l. in agris ff. de acq. rerum dom. & l. cum prætor, ff. de inas. cum aliis, quæ tradit Paris. d. lib. 3. cons. 33. n. 57 cum seq.* 6

Intelligo † etiam huiusmodi reseruationẽ reuocandi, oportere statim in ipsomet instrumento nominationis fieri, non ex interuallo *vt d. l. Tauri. 17.* planè innuit in illis verbis, *en el mismo contracto.* Aliter enim quemadmodũ semel facta inter viuos do- 7

natio, neq; modum, neq; conditionem, aut modificationem recipit, nisi accedat donatarii consensus, vt habetur *in l. perfecta donatio. Cod. de donatio. quæ sub modo* [illegible] *l. 17. Tauri, tradit Gomez, numero 22.* ita neque & multo magis emphyteutica nominatio, per quam semel factam, emphyteuta officio suo functus est, quod solum in facto consistit, & declarationem quandam, seu nudum ministerium continet, propter quod a dño directo, non ab ipso emphyteuta nominatus dicitur emphyteusin capere, *l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* Verum si interim aliquas expensas, nominatus fecit, in re emphyteutica reparanda, illas repetere iure potest, vt explicat glo. *d. l. 17. Tauri, verbo. reservasse.*

8 Restringenda † est etiam lex Regia & eius dispositio, *in hoc §. 1.* quando nominatio primo loco facta fuit nulliter, quoniam impedimento esse nequit, quominus alia secunda nominatio valida fieri possit, *ita Pelaez lib. 1. Maioria, q. 48. ante nu. 46.* Non solent n. in iure nostro impedimentũ facere, q̃ de iure nullum sortiuntur effectum, vt habetur *in reg. non præstat, de reg. iur. in 6. Felin. in cap. ex tenore, de rescript.* Quod quidem verum esse, & omnino obseruandum Ordinat. Regia in hoc §. 1. in sui ratione palam docet, quatenus probat, negandam fore reuocationem nominationis factæ, quia p eam nominato est pleno iure acq̃sita emphyteusis, vtileq; dominium. In quo necessario p̃supponitur, quod loquitur, in eo casu, & specie, in qua nominatio valide facta fuit: Aliter n. ex nulla & inutili nominatione non potest irreuocabile ius emphyteuticum nominato acquiri, iuxta ea, quæ habentur *in l. 4. § condemnatum, ff. de re iudi.* Vbi Vlpianus respondet, *Condemnatum accipere debemus, eum, qui rite condemnatus sit, vt sententia valeat. Cæterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere,* & ibi notant Dd. & alibi passim, quod actus nullus non est actus, & pro non facto habetur, *textus in l. si cui, §. 1. ff. de operis libertor.* & propterea testamentum nullum non est testamentum. *l. 2. §. 1. ff. quemadmodum testament. aperi.* & exheredatio nulla non est exheredatio, *l. non putauit. §. non quanis, ff. de contra tabul.* sic etiam compromissum nullum, *Decius consil. 475. col. fin. in princip. Corneus consil. 140. lit. A. volum. 4.* sic etiam vnio nulla non est vnio, *Calderi. de præbend. consil. 29. Decius, consil. 126. col. fin. & in c. ex tenore, num. 20. de rescript.* Vbi quod collatio nulla non est collatio, sic etiam mandatum nullum non est mandatum. *Decius, in c. Nicolao, notab. 2. de appell.* & secundum pactum tollit primum, si est validum, *l. si quis ante, ff. de acquir. poss.* Et sententia nulla non est sentẽtia, *Clement. in. pastoralis, de re iud. multis Neusanis, consi. 70. in prin.* Quo argumento Ias. *in d. § condemnatum, n. 2 cum seq. n. 2.* infert, quod iudex nullam proferens sententiam, litem suam nõ facit, *vt voluit glos. notabilis in l. fin. in princip. ff. de variis & extraordinar. cognitio. Angelus, & alii, in l. 1. §. hac autem, ff. quod quisque iuris. Bartol in quæst. iudex.* sic etiam nulliter factum instrumentum, caret nomine instrumenti, *l. diuus, & ibi Bartol. notat, ff. de testa. milit.* & propterea non habet executionem paratam, *Baldus in c. constitutus, per text. ibi de constit. Iason, d. § condemnatum, nu. 4. tradit Rebuffus, 1. tomo legum Franciæ, pag. 67. n. 4. cum seq. Anton. de Canario, libr. de executio. instrumento. nume. 21. & 31. Perez. in ll. ordinam. col. 1081.*

Quorum † argumento, optimo iure caussarum 9
fiscalium Regiæ coronæ præsides, iubent ac decernunt, ne quo modo censuræ ecclesiasticæ ab ordinariis promulgatæ aduersus personas laicas, & iurisdictioni seculari subiectas, in foro, vel extra obseruentur, tanquam a non competente iudice latæ, & nulliter promulgatæ, secũdum primam legis Regiæ, *lib. 1. tit. 12. § 6. & lib. 2. tit. 1. § 14.* in quo antiquissima regni praxis, & obseruantia iuris præcepta minime violat, imo secundum illa procedit. Etenim distinctæ omnino sunt iurisdictiones, ecclesiastica & temporalis, ne quo modo se inuicem impediant, *cap. quoniam. 10. distinct. & dist. 18. per totam, & in cap. cum verum. 96. distinct. tradunt scribentes in cap. nouit. de iudiciis, vbi Panorm. nu. 2 Curtius senior consi. 43. num. 4. & 15. tradit Perez. in ll. ordina. colu. 128. cum sequent. colu. 774. Sainsin in consult. Tom o fol. 156. titul. das emendas, art. 14.* & fuisse hanc diuisionem iurisdictionum necessariam obseruauit Victoria, *lib. de potest. Ecclesiæ, q. 1. & lib. de matrimon pagin. 459.* Quapropter secundum communes traditiones, altera in alteram nullam potestatem habet aut imperium (intelligo circa res, quæ non spectant ad forum ecclesiasticum.) Adeo enim sunt distinctæ & segregatæ, quod vtraq; per se ipsam stat, adeo firma, quod neq; secularis dicitur ab Ecclesiastica pendere, *vt d. lib. de potest. Eccles.* resoluit Victoria *pagin. 67.* Quare Afflictus *in cap. similiter, de controv. inuestit. numer. 4.* vtiliter adnotauit, alteram in alteram nullam habere potestatem. Nec mirum, quoniam D. Thomas, *1. 2. q. 60. art. fi. ad 5.* firmat vsurpantem ecclesiasticũ iudicem tẽporalem iurisdictionem, & econtra peccare mortaliter. Quamobrẽ temporales caussas ad se aduocare S. Pontifex nequit, aut aliter impedire, ne coram suo iudice temporali terminentur. *Ripa in c. cum M. de const. nu. 197. Decius in c. nouit, de iudic. ante nu. 8. facit Alex. lib. 5. consi. 3. nu. 3. cum seq & Cana. in reg. peccatum, pag. 240. cum seq. de reg. iuris,* a quorum traditione, & ab his, quæ scripsit Perez, *in ll. ordin. col. 789.* ortum habuere dictæ leges Regiæ Lusitaniæ *lib. 1. tit. 12. § 6. & lib. 2. tit. 1. § 14.* quibus legislat. Lusitanus tam sedulo cauit, ac interdixit, ecclesiasticis iudicib. ne quo modo de caussis laicorũ cognoscant, aut se intromittant. Conueniunt quæ scripsit Rebuff. *3. tom. ad ll. Galliæ. pag 541. num 18.* defenders prædictorum argumento, & ratione, iure optimo procedere praxim Gallicam, per quam propter abusum (quem vocat) ecclesiasticorũ, ad Regem eiusq; supremum Senatum fit recursus quod & *in 2. tomo. pag 97. in prin.* scriptum reliquit, resoluens, iudici ecclesiastico excedenti terminos suæ iurisdictionis, posse secularem resistere, non minus, quam si extra suam iurisdictionem ius vellet dicere per *l. si cum materia, ff. de iurisd. om. iud.*

Quapropter † si contingat iudicem secularẽ co- 10
gnoscere, de re, seu caussa ad iudicem ecclesiasticum pertinente, inhiberi recte potest, & per censuras ecclesiasticas impediri, ne de caussa cognoscat, vt tradunt scribentes, *in c. si iudex laicus, de senten. excomm. in 6. Guilhel. in arbore iurisd § iurisdi. numer. 7. Boerius lib. de custod. clauium, numer. 66. ad c. conquestus, de foro cõpet.* Et e cõuerso si iudex ecclesiasticus de re profana, & ad iudicium seculare spectante cognoscere non vereatur, poterit a iudice seculari similiter inhiberi, *Guilhel. in c. Raynutius, verbo, si absque liberis in 2. de fideicomm. substit. num. 40.* imo & per bonorum

captiu-

captionem, & sequestrationem compelli, vt ab huiusmodi cognitione desistat, *vt tradit Bessanus, in consuetudin. Aluernia, fol. 20. colu. 2. Auiles, in c. praetorum, fol. 101. ante numer 4. & c. 20. verb. Vsurpan. num. 9. fol. 206.* ne dum illius censuras & mandata, negligere, & quasi inutiliter prolata spernere, vt nominatim voluit Bald. *in l. 2. Cod quomodo, & quando iudex. in fin.* cuius ad id & plures alios referens meminit, Hippolytus *singul. 490. Socinus libr. 3. consil. 99. in fin. Alex. lib. 7. cons. 69. sub n. 5. Probus in c. 1. de Interior in fi. lib. 6. Michael lib. de reg. mundi, n. 92. vol. 11. tract. fol. 222.* Imo vt Bart. admonuit *in l. hostis, numer. 11 ff. de captiuis*, violenter & manu armata bellũ indicens, potest hoc casu iudex suam defendere iurisdictionẽ, *tradunt Chassaneus, in cons. Burg. Rub. 1. §. 5. verb. Sel nagrace, n. 85. cum seq.* tradunt Hispani Perez. *in L. ordinamenti, colum. 774. & Auiles libr. praetorum, fol. 101. & d. c. 20. fol. 206.* Vbi habent Hispani bonam legem Regiam in materia nostrae consimilem, *libr. 1. tit. 44. §. 57.* Ex his certe iuris principiis, & auctorib. horum regnorũ praxis & vsus defenditur, per quẽ. iudex seu praeses fiscalis. ac bonorum Regiae coronę ecclesiasticis vsurpantib. secularem iurisdictionem resistit; Intelligit enim, cum modo suprascripto obsistit, iudicẽ ecclesiasticũ nulliter & de facto, tanquã priuatam personam procedere extra locũ sui territorii & iurisdictionis: Quare respuere & negligere eius censuras, omnino nullas, & inualidas potest. *secundum Hippol. & alios iam citatos* Non est enim hęc pastoris sententia, quam passim iura timendã censent: quoniam, vt prędiximus, priuatam esse personam in hoc casu ecclesiasticum iudicẽ, Praeses caussarum coronae regiae praesupponit, & consequenter valide facere negat. Tãtum n. operatur in iure nostro nullitas, vt sententia nulla, neq; sententię nomen habere mereatur, *vt supra diximus.*

11 Nimirum † igitur, si resoluamus nominationem nullã, minime impedire aliam validã. vt in simili aduertit Angel. *in L. schol §. si cum filius, ff. de inoff. testam. Anchar. cons. 414. Romanus, consi. 429 & Lappus allegat. 127.* qui resoluunt habẽtẽ exspectatiuã ad eligẽdum vnũ de beneficiis vacantib. primam electionẽ, seu nominationẽ nulliter factã non nocere quominus possit aliud beneficiũ eligere, & nominando acceptare. Sic etiã Bart. *cons. 73. & Bald. in l 2. col 1. ad fi. C. de episc. aud.* resoluunt, nullam alienationem ab emphyteuta factam. dño directo praestare commissi actionem, quod etiam Dd. tradunt *in l. fi. C. de iure emphyt. & Iason in L. vbi pactum, C. de transact. numer. 22. in fi. cum seq.* adstipulatur etiam Bald. *in l. qui per salutem. ff. de iureiur.* vbi & Ias. *nu. fi.* per text. ibi voluit, nũcium, qui nulliter citauit, ex eodem mãdato posse iterum de nouo citare. Concordat Felinus. *in ca. qualiter, & quando, de accusatio. num. 43.* Conueniunt multa, quae de actu nullo cumulauit post alios Ripa, *in l. 4 §. condemnatum, col. 1. & 2. ff. de re iudic.* Et in terminis, quod electio nulla seu nominatio nõ impediat aliam secundam, asseruit Ripa, *in l seruus electio. in prin. ff. de leg. 1. n. 4. Felin. in c. ex tenore, num. 11. de rescript. Carol. in consuet. Parisiens. 1. part § 10. n. 11. & habetur in l. 2. 3. 4. ff. de optio. legata.* Nec minus prodest, quod de exsecutore nulliter procedente tradit Feli. *in c. fin. de praesum. cons. 3. vbi refert se ad dicta in c. 1. de re iud. in fin.*

12 Ex † quibus sic intelligendam hanc legẽ Regiam in hoc §. 2. interpretor; vt solum procedat, quando nominatio fuit valida, quo casu alia secunda fieri non potest: secus vero si fuerit nulla: quoniam tunc nominatio dici non potest *per suprascripta*, & ita in specie olim obseruauit excellentissimus Iureconsul. Goncalus Valascus *in l. vnum ex familia. ff. de leg. 2* Et est communis resolutio, quam sequitur Peralta *in l. cũ pater, §. a filia, ff. de leg. 2. n 4. ad fi.* Paria sunt enim non eligere. & nulliter eligere, vt probat Peralta, *in l. vnum ex famil §. 1. ad fi. ff. de leg. 2. & in §. seq. nu fi.* Et in patrono nulliter psentante, quod functus non sit officio suo, & possit iterũ praesentare, p multa resoluit Probus *in c. si tibi absenti, de prae. lib. 6. n. 52.* & comprobari potest ex multo plurib. congestis more solito a Tiraq. *in l. boues, §. hoc sermo ff. de verbor. signific. limit. 1. per tot.* & Quintil. Mandosio *in reg. Cancell. 31. q. 12. nu. fin.* vbi inter alia probat, quod lex simpliciter loquens, semper intelligitur loquuta de actu valido, nõ inualido: quocirca secũdus actus validus dicitur primus, quãdo hic fuit nullus, & inutilis, *c. factus est, in fin. 7. q. 1. Geminianus, consil. 138 post princ. vers. item nullum.* & ibi etiam tradit, quod de rescripto seu commissione nulla, mentio nulla necessario facienda est. *glossa verb. de facto, & ibi Dd. in c. cum nostris, de concess. preben. & in c. ex tenore. Vbi Felinus, numer. 2. col. 3. de rescript. Curtius iunior, consil. 126. ante nummer. 9.* tradit optime Tellius, *in l. 35. Tauri, numer. 2. & 3.* resoluens per actum nullum non esse consumtam potestatem faciendi, *l. hac conditio filia mea ff. de cond. & demonstr.* vbi Paulus obseruauit, hominis dispositionem consumi in primo actu valido, non inualido, quod & Socin. ibi clarius scripsit, & Romanus, *in l. si qui heres, num. 4 ff. de acquir. hered.* Vbi inquit, actum nulliter gestum, nõ impedire alterius reiterationem, quibus omnibus addo textum *in l. qui testamento 38 ff. de leg. 2.* Vbi Iureconsultus, *Qui testamento* (inquit) *inutiliter manumissus est, legari eodem testamento potest, quia totius efficacior est libertas legato, quoties vtiliter data est.* Et quae scripsit Gregor. Lopez *in l 25. titul. 9. Partit. 6 in glossa, 1. & Molina de primogen. Hispan. lib 2. c. 4. nu. 31.* Quae sane erit optima ampliatio ad Ord Regiam *lib. 4. tit. 36.* de qua egimus *in tract. de nominat. emphyt. q. 13. nu. 4.*

13 Verum † in contrarium multa sese offerunt, quibus contraria sẽtẽtia probabilis reddi possit; & inprimis Bartoli doctrina, *in l. 2 §. 1 ff. de optio. lega. vers. vltim.* resoluẽtis, eum, qui habet potestatem ab homine aliquid faciendi primo actu, etiã inualido, & nullo functum esse officio suo, nec amplius facere posse, *arg. notatorum in l. si vt proponis. Cod. quomodo & quando iudex*, vbi habetur, quod iudex delegatus functus est officio suo, etiam per sententiã nullã, quod etiam omnes probant, *in l. iudex posteaquam, ff. de re iud.* Vbi Alex. *num. 12.* Barto. & Alexand. *in l. seruus electi ff. de leg. 1. in prin. Decius in c. in literis, numer. 5. de offic. deleg. Ruinus consil. 142. num 1. lib. 4. Vanitius de nullit. processus Rub. coram quo nullitas proponi possit, num. 14. Tiraq. in l. boues, §. hoc sermon ff. de verbor. signif. limit. 1. nu. 14. late Boerius, q. 6. & Bellonus, lib. 3. supputation. cap. 18. numer. 1. & Menochius lib. 1. de arbitr. iudicum qq. q. 61. nu. 21.* quo argumento idẽ videtur respõdendum, in casu nostro, quod semel facta nominatione, dicatur emphyteuta suo officio functus adeo, vt neq; amplius nominare valeat. Facit etiam notabilis sententia Baldi *in c. ex part. M. de appell.* resoluentis, quod mater transiens ad secũdas

nuptias inualidas, non minus amittit filiorũ curã, & tutelam, quam ſi ad validas tranſeat, *ſequitur Iaſon, in leg. vbi pactum, n. 24. C. de tranſactio.*

14 Neque † minus iuuat Romanus *conſ. 483.* reſoluens, beneficiarium etiam per matrimonium nullum perdere beneficium, quod obtinebat, *tradit poſt alios Bernard. Diaz in ſua praxi, cap. 74. numer. 5. & Couarr. de ſponſal. part. c. 6. §. 3. numer. 4. fol. 81. Rebuffus de pacif. poſſeſſ. numer. 187. Ripa in l. 4. §. condemnatum. ff. de re iudicata, numer. 7. Tiraquell. de retract. §. 6. gloſſa 2. num. 9 & Francus in c. 1. de clerico coniug. numer 3. lib. 6. & ibi Probus, numer. 12.* quamuis ibi, *n. 15.* in contrarium arguat, & hanc partem ſequatur Cardin. *in Clem. gratioſa, de reſcript. Bello. conſil. 74. numer. 4.* Quibus tamen non obſtantibus a priore ſententia recedendum non eſt. Neq; obſtat primum de iudice delegato, cuius odioſa iuriſdictio eſt, omnino reſtringenda, *ſecundum adnotata, in cap. P. & G. de officio delegati,* qua ratione facilius exſtinguitur quam ordinaria, vt habetur *in cap. quærenti, de officio delegati, & in dict. l. iudex poſteaquam. ff. de iudic. Menochius, libr. 1. de arbitr. iud. qq. & ſentent. quæſt 61. per totum.* Quapropter vt ibidem Menochius *d. n. ſ.* adnotauit, prædicta cõmunis reſolutio, quæ habet extingui iuriſdictionem delegatã per ſententiam definitiuam etiam nullam, ad extraiudiciales actus extendi non poteſt. Hos n. qui nulliter ea hominis cõmiſſione fecit, pluries facere poteſt, donec valide faciat: Et vtiliter concordat poſt Innoc. Tellius Fernand. *in l. 35. Tauri, ad finem, verſic. & hoc,* qui hoc ita obſeruandum affirmat, ea auctoritate Innocentii communiter recepti *in cap. in literis, numer. 2. de officio deleg.* atque aliorum plurium, quorum meminit. Minus obſtat, quod de matre tranſeunte ad ſecundas nuptias, diximus, atque etiam de beneficiario, quia eæ traditiones ex eo vigent, quod priuationis ratio non minus procedit, & militat, in nuptiis nulliter celebratis, quam legitimis & iuſtis. Ij enim enim præſtiterunt, quantum poterant, animumq; & intentionem delinquendi habuerunt, q ad priuationem ſufficit: nõ ſic in caſu, quem tractamus, in quo dominus directus voluit, quod emphyteuta ſecũdam, aut tertiam pſonam legitime, & valide nominaret, nõ nulliter: quod etiam emphyteutæ magnopere incũbit. Quod cum nõ contingat, vtriuſq; intẽtio, & animus deficit: Nil mirum ergo, ſi poſſit iterum emphyteuta nominare, quoties nulliter & de facto nominauerit. Ex quibus ſi contingat emphyteutam nominando delinquere, veluti quia ſcienter indignum nominauit, vtique functus dicetur officio ſuo, neque amplius nominare poterit, *vt tradit Ripa, in l. ſeruus electione, in princip. ff. de lega. 1. nu. 5. Tiraq. in l. ſi vnquam, verbo, reuertatur, numer. 301. in fin. & Molina lib. 2. de primogen. Hiſpan. cap. 4. num. 38.*

15 Verum † omnia ſupraſcripta intelligenda ſunt in nominatione ipſo iure nulla, nulliuſque roboris, & momenti, quæ pro nõ facta habenda eſt, neque nominationis nomen meretur, quemadmodũ neque ſententia, aut inſtrumentũ, ſic n. loquitur, *l. 4. §. condemnatum, ff. de re iud. & ibi Iaſon, num. 1.* Quocirca ſi contingat ſententiam mero iure valere, quãuis ope exceptionis elidi poſſit, & ad nihilum reduci, officio etiam iudicis, idem Iudex, qui ſentẽtiam tulit, poterit iterum cognoſcere, & pnuntiare, vt notabiliter voluit Innocent. *in cap. in literis, de officio delegat.* quaſi functus nõ ſit officio ſuo, quod elegans dictũ reputat Baldus, & ad arbitrium trahit, *in l. fin. colu. 4. verſ. 4. quæro, C. de contrah. emtio.* tradit alios referens, Tiraq. *in l. ſi vnquam, verbo reuertatur. C. de reuocan. donat. nu. 300.* vbi *n. ſeq.* ad propoſitum noſtrum inferẽs ait, electores publicato ſcrutinio poſſe variare, & iterum eligere, ſi electio eſt ipſo iure nulla: ſecus vero ſi eſt aliqua, licet veniat annullanda, quia non poſſunt variare: ita notabiliter explicat Innocentius *in cap. publicato, in princip. de electon. & in cap. conſiderauimus, vbi Doctores, eodem titul.* Concordat Hoſtienſ. Bald. Panormita. & alii, quorum meminit Tiraquell. *dict. loco. nu 301.* reſoluens tunc demum per primam nominationem impediri ſecundam, quando eſt aliqua, licet veniat annullãda, quoniam ipſo iure nulla, & quæ nullius momenti eſt, ſecundæ non nocet, quominus fieri poſſit.

Sed † iam ſeſe offert perutilis quæſtio, & in praxi 16
frequens. Finge hypotheſin. Ego emphyteuta reuocabiliter Titium nominaui, deinde Seium nulliter etiam nominaui: poſtea deceſſi, filium relinquens heredem. Is emphyteuſin ſibi adiudicandam putat, aſſerens per ſecundam inutilẽ, & nulliter factam nominationem, in Seii fauorem, primo loco factam nominationem, reuocatam fuiſſe. Secũdam autem nullam ſibi impedimento non eſſe, quominus emphyteuſin tanquam de nouo nominatus conſequatur, per tex. *in §. E ſi nandoſſe. infra hoc tit.* Quid iuris? Si recte conſideres, huius quæſtionis deciſio ab eo articulo dependet, *an per ſecundam nominationẽ nullam cenſeatur reuocata prior reuocabilis,* quam tractauimus *ſupra capit. 3. numer. 40. cum ſequentibus.* Vbi vide.

ARGVMENTVM.

Emphyteuta qui habet nominandi facultatẽ ſeu eligẽdi: An plures perſonas nominare poſſit: & Abſenti, & ignoranti an acquiratur ius ex nominatione: & An requiratur ſtipulatio, vel acceptatio, vel ratificatio.

Nominatio emphyteutica habet vim relicti, & nominatus mortis cauſſa capit, &

Electio an reuocari poſſit. Pater an poſſit ſtipulari emphyteuſin filio abſenti.

Et an ſecundo nominatus, cui res eſt tradita, primo nominato præferatur.

Emphyteuta præſumtus quoad ſucceſſionem regulatur ab expreſſo.

SVMMARIA.

1 *Nominare ſecundam, aut tertiam perſonam, is tantũ poteſt, qui a domino directo, habet facultatem.*
2 *Argumentum a conſuetis validum eſt.*
3 *Clauſulæ ſolitæ ſi omittantur, habentur pro expreſſis.*
Conſuetudo regionis attendenda eſt.
Conſuetudo loci contractus attendenda: item domini directi conſuetudo.
4 *Conceſſio ſimplex emphyteutica regulatur ſecũdum conſuetudinem domini.*
Emphyteuſis præſcripta regulatur a conſuetudine tãquam vera.
Nominari plures ſimul ad emphyteuſin non poſſunt.
5 *Nominato ad emphyteuſin abſenti, & ignoranti acquiritur ius.*
6 *Præſenti & tacenti facta donatio tenet.*

Qu-

Quilibet de populo potest acceptare pro donatario, dũmodo tamen sit caussa pia.

Stipulari alteri non licet de iure canonico.

7 *Acceptatio requiritur etiam in fauorem piæ caussæ.*

8 *Promissio simpliciter facta caussæ piæ seu Ecclesiæ, etiam minime acceptanti, ad instar voti adimplenda est.*

9 *Emphyteusis promissa pauperi, absenti non debetur.*

Notarius recte pro absente stipulatur, exigitur tamen ratificatio.

10 *Nominatio emphyteutica habet vim relicti.*

Nominatus mortis caussa capit.

Nominatio inter viuos, absente & ignorante nominato fieri non potest.

11 *Speciale ius constituitur in nominationibus, per quas ius transfertur irreuocabile.*

Variatio cessat in electione, vbi est facta a iure executio.

12 *Cessio non prodest absenti.*

13 *Electio re integra potest reuocari.*

14 *Interpret. tex. in capit. si tibi absenti, de præb. lib. 6.*

Eligens seu nominans ex officii necessitate, variare non potest.

15 *Absenti beneficium non quæritur ante acceptationem.*

16 *Absenti sola electio præstat ius irreuocabile, quando quis eligitur seu nominatur ad officium seu munus omnino necessarium, quod subire tenetur.*

17 *Nominato absenti munus voluntarium non acquiritur.*

18 *Acquisitio legalis etiam ignoranti prodest.*

19 *Acceptatio necessaria non est, vbicunq; alicui defertur beneficium sine facto hominis.*

20 *Primus emphyteuta, tanquam procurator, acquirit emphyteusin, nomine successorum.*

Emphyteusis continet plures concessiones.

21 *Pater stipulatur emphyteusin pro filio etiam absente & ignorante.*

22 *Nominatus primo loco præcedit, licet secundo emphyteusis sit tradita.*

23 *Lex quoties, C. de rei vind. etiam in emphyteusi procedit.*

24 *Nominatus primo loco emphyteusin potest a quocunque possessore auocare.*

25 *Filius nominatim vocatus ad emphyteusin, priuari non potest, illius successione.*

26 *Emphyteusis empta a patre libere potest alienari.*

27 *Emphyteuta præsumitur quando potest variare.*

Emphyteuta præsumitus, quoad successionem, regulatur ab expresso, idem quoad commissum contrahendum.

28 *Consuetudo domini directi attendenda est.*

Capvt VI.

1 Svbdit † vlterius legislator *lhes for dado poder q̃ possa nomear, ao dito foro hũa pessoa. &c.* id est, *fuerit ei data facultas nominandi ad prædictam emphyteusin vnam personam.* Vulgus pragmaticorum intelligit hunc textum, quod emphyteuta nominare secundam, aut tertiam personam tunc demum potest, quando illi ea potestas est a domino directo concessa. Quæ sane traditio, inspectis iuris ciuilis concessionibus *pro filiis, seu pro filiis, & heredibus* vtilis est: quoniam ex iuris dispositione de huiusmodi emphyteusi, sub hac forma concessa, parenti disponere non licebat, *vt tradit Angel. post, Iacob. Butric. in l. item videndum. § item videndum, versi. sed quæro, an pater. ff. de peti. hered. Bald. in cap. imperialem, versic. quæro vtrum pater, de prohib. feudi, alien. per Feder. Barbatia in rubr. de feud. Alexand. in l. apud Iulianum, §. si quis alicui, ff. de leg. 1. & Anan. consil. 37. & Cuman consi. 163.* Sed contrarium tenuere Paulus *consi. 161. colu. 4. volu. 1.* & Barbatia *consi. 36. inter consil. Alex. lib. 4.* Quamobrem vtilis est admodum, secundum terminos concessionis prædictæ illa clausula, & potestas a dño directo concessa, nominandi vnum de filiis, qui emphyteusin solus consequatur. Vt obseruauit Decius *consi. 194. col. fin.* Ceterum in his regnis, in quibus ad vitam trium personarum, tam ꝑsona, quam ecclesiastica solet emphyteusis concedi, non tam vtilis nec necessaria ea facultas nominandi esse videtur: siquidem etsi non exprimatur, concessa videtur, quando aliter verificari concessio ad vitam trium personarum non potest: nisi cõcedamus eligendi potestatem domino concessisse, ordine tempe seruato, quod prima persona nominet secundam, & hæc tertiam.

Sumto † argumento, ab vsitato, seu a solitis, seu a suetis fieri (prout simpliciter facta concessio interpretanda est) quod in iure est probabile, frequens, & valde vtile, text. *notab. in l. si quis donaturus, & ibi glossa, ff. de vsufr. & l. quod si nolit, §. quia assidua, ff. de ædil. edicto. & ibi Bald. text. in l. certi conditio. §. si nummos, & ibi Bartol. Angel. & Doctores Alexand. & Iason, ff. si cert. petat. ibi, Cum quotidie creditores, text. in l. certe, in fin. ff. de precario, text. in l. vt liberis ad fin. C. de collatio. ibi, vt fieri assolet, & ibi notant Alberic. Iason & Doctores §. fin. Inst. de satisdat. cap. cum M. de constit. versicul. mandamus ibi, Sicut consueuit, vbi hoc not. Butrius, Imola, & Panorm. & Felin. glossa in cap. cum Marta, de celeb. missa. cum aliis congestis ab Arelatano, in dict. l. generaliter, C. de secund. nuptiis, num. 61. & ab Antonio Rubeo in l. non solum, §. morte. ff. de now oper. nunt. nu. 71. & Thoma Grammatico, in procemio Institutio. a nu. 12. & ab Euerar. in loco legali. 63.* Vbi latius ceteris prosequitur, & in specie Angelus *in §. emphyteusis, in auth. de non alien.* resoluit cõtractum emphyteuticum admittere interpretationem ex huiusmodi argumento, a fieri solitis. Concordat Alex. *consil. 1. lib. 5. & consil. 123. eod. lib. Barbat. cons. 63. vol. 1. Rubeus d. § morte. n. 74.* 2

Imo † omissæ clausulæ apponi solitæ, quasi per errorem, & incuriam remissæ, habentur pro expressis, & adiectis, *l. quod si nolit, §. quia assidua. ff. de ædil. edicto.* tradit Iason, *in l. fin. C. de iur. emphyt. num. 29. cum seq. tex. in l. 2. § merito, ff. ne quid in loco public. & in § si quis a principe,* vbi in priuilegio a principe concesso, semper subintelligitur clausula illa, *Sine præiudicio tertii,* apponi consueta, facit text. *in cap. 2. de rescript.* vbi similiter clausula, *Si preces veritate nitantur,* censetur expressa, licet fuerit omissa. Et est ad hoc pulcer casus *in l. fin. C. de fideiuss.* vbi conuento vno de fideiussoribus, non liberatur alius, neq; reus principalis: nec etiam electo vno de correis, liberatur alter, quia hoc quotidie pactis conuentis fit: & licet non exprimatur, pro expresso haberi debet. Concordat tex. *in l. excepto, & in l. circa C. locati.* Vbi similiter sancitum est, in contractu locationis id, quod fieri solitum est, attendendum esse. Quo argumento idem est resoluendum, in emphyteutico contractu, q maiorẽ habet cognationem, & affini- 3

tatem, cum locatione. *vt not. in §. adeo, Inst. locati,* & consequenter si concessa a domino directo, repiatur emphyteusis simpliciter, ad vitam trium psonarum intelligenda est, necessario ea cõcessio, secundũ vsum, & regni consuetudinem, scilicet, quod prima persona nominet secundam, & hæc tertiam. Nihil enim magis dubiam dispositionem interpretatur, q̃ regionis consuetudo, & vsus, *Decius, & Cagnol. in l. semper in stipulationibus, an 8. ff. de regul. iur. Boerius, q. 263. num. 9. Brunus de statuto exclud. fœm. art. 5. a numer. 22.* bonus tex. *in l. si prius 17. ff. de aqua pluu. arcen. Afflictus q. 226. Couar. lib. 2. resol. cap. 17. ad fi. Aymon. consi. 206. n. 14. Decius in l. vt liberis, C. de colla. num. 12. Segura in repeti. fol. 73. column. 3. glossa fin. in cap. fin. de officio. archidi.* Qua in re animaduerto, loci consuetudini, in quo contractus celebratus est, præsertim adhærendum esse, vt multis comprobat Afflictus, *q. 226. bonus tex. iuncta gloss. in l. si fundus ff. de euictio. tradit etiam Iason, in l. a diuo Pio, §. 1. ff. de re iudic. numer. 11. Alexan. lib 2. cons. 37. nu. 7. Rebuf. 3. tom. legum Franciæ, tit. 1. n. 69. Barbatia, in cap. 1. de precario.* Præcedere tamen debet dñi directi vsus & consuetudo, iuxta quam dubia eius concessio est interpretanda. *Palatius in ca. per vestras. §. 86. col. pen. in fi. cum seq. Decius, d. l. semper in stipulatio.* bonus tex. *in l. qui semisses, §. si. ff. de vsuris.*

Ex † quibus, si dominus directus, emphyteusin in
4 tertiam generationem concedere consueuit, ꝓ personis nominandis, secundum formam in hac l. Regia traditam, vtiq; simplex concessio secũdum eam consuetudinem interpretata, regulanda erit & censenda, quasi sub ea forma concessa fuisse videatur, quod prima persona nominet secundam, & hęc tertiam. Porro si ꝓ marito, & vxore, & vno ex filiis, nominando, ille consueuit emphyteusim concedere, quasi eo modo, & forma concessa fuerit, cẽsenda erit, quod & in emphyteusi præsumta, ex longissimi temporis cursu inducta obseruãdum necessario est, *ex Alex. lib. 5. consil. 124. numer. 4. & Aymon de antiq. tempor. 4. part. n. 70. fol. ee3. glossa 2. in l. 69. titul. 18. Part. 3.* & latius declarabimus *in tractat. de acquisit. emphyt. q. 13. num. 19.* Quod etiam intelligo obseruandum in emphyteusi simpliciter alicui concessa, quæ nisi ad eius vitam restringatur, in tertiam dicitur generationem concessa, vt dicemus *in tract. de acq. emph. c. 11. n. 23.* Quod igitur hac lege cauetur, nominare posse emphyteutam, cui concessa est nominandi potestas, intelligendum est, tacite vel expresse, vt cõtingit in casibus supra expressis.

5 Sequitur † in tex. ibi. *Hũa pessoa,* Probat hoc loco legislator, nominari plures ad eandem emphyteusin simul non posse, vt iam diximus *in commentar. de nomina. emphyteus. q. 10. n. 34.* quibus addo, hanc legem *in hoc §.* hoc omnino non probare, quoniam hic, & in verbo supra proximo, solum refert concessionis formam.

Subdit † vlterius legislator, *per nominationẽ acqui-*
6 *ri nominato sus emphyteuticum, irreuocabile, etiam absenti, & ignoranti,* in quo sane hæc lex admirabilis reputatur quasi ab omni iuris ratione, & tramite deflectens. Agnoscunt enim iuris prudentes donationẽ absenti factam, & ignoranti, nullũ ꝓrsus ius cõferre, aut in aliquo prodesse, quominus reuocari donatũ valeat, vt est tex. clarus, vbi hoc ita Paulus decreuit *in l. absenti. 10. ff. de donatio. Absenti.* (inq̃t) *siue mittas, qui ferat, siue quod ipse apud se habeat, sibi habere eum iubeat, donari recte potest. Sed si nesciat rem quæ apud se est, sibi esse donatam, vel missam non acceperit, donatæ rei dominus non fit, etiamsi per seruum eius, cui donabatur missa fit.* Ecce quam plane Iureconsultus docet, absenti factam donationem, nullum ꝓrsus ius conferre, antequam acceptet & ratam habeat, vt ibi obseruant glossa & Doctores, Alexan. *in l. quod meo, ff. de acq. possessio. & consil. 110. volu. 1. & consil. 131. volum. 4. Socinus consil. 53. column. penul. vers. quo fundamento vol. 4. Corneus, consil. 190. lit. G. volumin. 1. & consil. 73. nu. 7. vol. 3.* asserens communem. *Capitius q. 18. n. 8. Gozadinus consil. 87. nu. 8. Exea de pactis, num 468. Rebuffus, 2. tomo. ll. Franciæ pagin. 383. glossa 1. in titu. de donatio, insinua, artic. 2. Parisius, libro 3. consil. 88. num 15.* & nouissime Iulius Clarus, *lib. 4. recept. sentent. verbo. donatio. q. 12.* Ex quorum doctrina, nisi donatio fiat mediante nuntio speciale habente mãdatũ, absenti facta donatio reuocari re integra põt. Quo sane argumento & ratione idem videtur respondendum, in casu huius Ordinationis, *in hoc §. 2.* absenti, & ignoranti, per nominationem nullum prorsus ius acquiri.

Quod † eo maxime obseruandũ est, si Decii sen- 8
tentiam ꝓbaneris, asserẽtis, neq; præsentiam donatarii sufficere, nisi nominatim consentiat, & donationem acceptet, vt illi ius aliquod acquiratur. Quæ opinio, rigore, & asperitate plena esse videtur, & manifeste oppugnare iuris principia, quæ dictant, præsentem, & tacentem satis consentire, *l. qui patitur, ff. manda.* Quare secundũ cõmunem, quicquid Decius, & quidam alii opinentur, solam præsentiam sufficere resoluendũ est, ex his, q̃ scripsit Couarr. 3. *par. rub. de testa. n. 13.* Ac proinde si legis nostrę verba, hunc sensum paterentur, intelligerem sane illam ꝓcedere, quãdo nominatus fuit præsens. Verum quia verba legis manifeste repugnant, ibi, *Posto que não seja sabedor,* hic sensus refellendus necessario est, cũ lex Regia palam doceat, ignoranti, per nominationem, irreuocabile ius acquiri. Omnis enim, qui ignorat, rem fuisse gestam, absens dicitur, non pręsens, *& in l. absentem, ff. de verbor. sign. Rebuff. d. gloss. 1. n. 4.* Quapropter nequit huius legis dispositio, iuri nostri præceptis accommodari, ex quo oportet, pro absente donatario aliquem acceptare. Vt tradit Decius *in l. postquam liti, C. de pactis, n. 22. & Aymon cõsil. 261. in principio,* qui intellexit, posse quemcumque tertium, donationem etiam sine donatarii mãdato, acceptare. Quod vtile sane est: quia regulariter alteri stipulari nemo potest. § *alteri. Instit. de inutilib. stipul.* Per quam regulam contrarium videtur resoluendum, nisi in fauorem piæ caussæ fiat acceptatio, quoniam pro ea quilibet de populo stipulari potest, *glos. in verbo, & per te. in cap. quoties. 1. q. 7.* quæ etiam obseruauit de iure Canonico, regulam *2. alteri,* non procedere, a qua sedulo cauendum est, quoniam in contrarium est communis nostrorũ interpretũ resolutio, vt est videre per Iasonem, *in l. stipulatio ista. §. alteri, ff. de verbo. obligatio. nu. 5.* Quapropter dict. glossæ doctrina necessario restringenda est, ad stipulationem factam in fauorem Ecclesiæ, caussæ, vel piæ, pro qua stipulari quilibet de populo recte põt, ex auctoritate Baldi, *in l. illud. C. de sacros. Eccles. nu. 2. Iason in l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verbo. oblig. nu. 24. Couarr. lib. 1. resol. cap. 14. num. 14. Galeatula, in rub. ff. de verb. oblig. n. 24.*

Quibus † ego addere consueui, glossam notabi- 9
lem,

lem, in d. l. illud, verbo, alia, in fin. resoluentem, donationem factam etiam in fauorem piæ caussæ, nisi ab aliquo acceptetur, nullius momenti esse. In quo illa glossa singularis est secundum Iasonem, d. §. Flauius nu. 23. & recepta communiter secundum Couarr. in 3. part. rub. de test. nu. 13. Francum, inc. Abbate. de re iud. in 6. ante n. 4. & Iul. Clar. lib. 4. recepta. sent. in §. donat. q. 12. in fi. vbi firmat communem, cum Ruino, libr. 4. cons. 13. nu. 10. & cons. 37. nu. 14. eod. cui addo, Excam de pact. n. 469. & Pelacz lib. 1. de Maioratu. q. 36. n. 3. Ex quibus cauendũ omnino est, ab iis, qui asserunt donationem, in fauorem caussæ piæ validam esse, nemine acceptante, q̃a videtur facta Deo semper, & vbique exsistenti, & acceptanti, vt nominatim voluit Paul. in l. decernimus. C. de sacros. Eccl. n. 3. Fels. in proœmio decret. n. 25. Cotta, in memorab. verbo absens. Qui nõ aduerterũt, in contrariũ esse cõmunem sentẽtiã, secundũ q̃ adeo nulla est, ẽt in fauorẽ caussæ piæ nõ acceptata donatio, vt postea p acceptationẽ minime cõualescat: q̃a a principio, ex defectu consensus donatarii, q in ipsomet actu donationis necessarius est, fuit omnino nulla, vt adnotauit gl. in l. neq; ambigi, C. de don. gl. 2. in l. consensu, ff. de act. & obl. ita in indiuiduo resoluit Ripa, in rub. ff. de verb. obl. nu. 21. & Rubeus cons. 132. nu. 1.

8 Verum † quod Paul. & alii intelligunt, Deum pro caussa pia acceptare censeri, defendi potest, q̃n aliqs simpliciter caussæ piæ, seu Ecclesiæ aliquid promisit dare, aut facere, quoniam nemine acceptãte, ad instar & similitudinem, voti, ipse eius heres, adimplere compelli põt. l. 2. ff. de pollicitat. c. ex part. de censib. & ibi Panorm. n. 1. Barto. qui hoc ita nominatim explicat, in d. l. illud. n. fi. C. de sacros. Eccl. receptus secũdum Galeausam in rub. ff. de verb. obl. n. 65. quod mihi non videtur satis percipere Nonell. lib. de dote, 6. part. priuil. 1. n. 2. in fi. vbi vero p̃missio emananit animo donãdi Ecclesiæ, aut piæ caussæ, necessaria est acceptatio, vt valere donatio possit, per suprascripta, quæ cũ non valeat vt donatio, neq; alio modo valere põt. l. 1. §. si quis ita. ff. de verb. obl. Bald. qui ita explicat, in d. l. illud. n. 2. Vnde si contingat, me pro paupere virgine marito collocanda centum promittere aureos, ad instar, & similitudinem voti, adimplere cogar & dotem promissam elargiri, secundum Cynum, & Fulgosium, atq; etiam Salycetũ, in l. 1. C. de dotis promiss. & Decium cons. 35. n. 1. licet ab ea sententia, recedant Alex. in l. qui absens, §. fin. ff. de acqui. poss. Ias. in repet. l. admonendi, ff. de iureiur. n. 148. & Gomez in l. 50. Tauri. n. 19. quorum opinio per suprascripta defendi potest, vbi ego animo donandi de p̃senti centum dare promisi, quia necessaria est alicuius acceptatio.

9 Hæc † si cupis nostræ materiæ adaptare, finge, Titium nomine dotis in fauorem agnatæ inopis, promisisse emphyteusin dare, cum illa nuberet. Certe ad instar & similitudinem voti, ipsi nuptæ emphyteusin negare non poterit. Secus vero, si animo donandi de præsenti promittere dare, cum illa nupserit: quoniam tunc nisi aliquis puellæ pauperis nomine acceptet, inanis, inutilisq; promissio est, per suprascripta. Quamobrem si notarii adsit stipulatio, validam fore absenti factam donationem passim nostri interpretes resoluunt: opinantes illam amplius reuocari non posse, vt est videre per Couarr. lib. 1. resol. c. 14. nu. 11. probat Ordinatio. libr. 4. tit. 63. in princ. tradit Gomez. in Epitome, de contract. tit. de donat. col. 2. cum seq. Barbatia, libr. 2. cons. 34. a num. 14. & cons. 80. Couarr. in 3. part. rubr. de test. num. 13. col. 2. folio 235. Vincent. in l. 1. C. de pact. nu. 124. Ruin. in rubr. Inst. de donat. nu. 14. Molin. lib. 4. de primog. Hispa. c. 2. nu. 67. Iul. Clar. lib. 4. recep. senten. verbo donatio. q. 19. vers. 1. vbi refert Soc. iuniorem, cons. 67. nu. 4. lib. 3. asserentem hanc esse communem sententiam. Thob. consi. 53. nu. 4. affirmans cum communi validam esse hoc casu donationem absenti factam, nec ratificationẽ exigi. ex Ruino lib. 1. cons. 172. nu. 15. Guido Pape. quæst. 49 Soc. cons. 262. col. pen. vers. secundo respondetur. volu. 2. Corneo. lib. 4. cons. 2. vers. præterea Roma. cons. 513. nu. 3. Alex. Aret. & Ias. in l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verb. obl. Aret. cons. 74. n. 10. Dec. cons. 239. col. 4. vers. 3. Licet contradicat Bertrandus, libr. 3. cons. 185. nu. 7. exigens ratificationem donatarii quo illi ius quæratur, ex regula l. si ego. ff. de nego. gest. concordat Dec. in l. contractus, ff. de reg. iur. nu. 14. limit. 5. & nu. 16. atq; etiam cons. 226. & Paul. Socin. Decius, Cagn. Curtius, Ruin. & Paris. quorum ad id meminit firmans cõmunem sententiam Thobias Nonius, cons. 84. nu. 4. Decium & Cagnolum, reperies in l. quo tutela, ff. de reg. iur. in fin. vbi hanc firmant communem & Tiraquel. lib. de const. lim. 30. n. 9. Alban. cons. 26. nu. 1. cuius etiam opinionis fuit Alciat. in l. 2. §. ex his, nu. 3. ff. de verb. obl. & in c. cum contingat, nu. 324. vsq; ad num. 231. asserens aute ratificationem huiusmodi donationẽ a notario, stipulatam esse nullam: adeo vt a donatarii heredibus rata haberi non possit. Et hanc dicit esse communem. Cuius contrarium ex supra scriptis constat, verum esse, idque magis placuit Iulio Claro, lib. 4. sentent. verbo. donatio. q. 13. vers. primo ego. Firmans magis receptam sententiam esse, interueniẽte notarii stipulatione donatarii ratificationem necessariam non esse, quoniam per eam est illi ius quæsitum irreuocabiliter, etiã ante ratihabitionẽ, vt cum Soc. iun. cons. 118. nu. 12. vers. non obstat tertia, lib. 2. & num. 26. firmante hanc esse communem, resoluit Iul. Clar. d. q. 13. vers. aut vero. Vbi etiam citat Couar. Tiraq. & alios nouiores, qui hanc nostrorũ auctorum varietatem, & inconstantiam temperare conantur. Quod vero ad instuctum attinet; siue hanc, siue illam probes sentẽtiam, semper legis nostræ dispositio periclitatur, quia secundum vtramque necessaria est notarii stipulatio, qua valida censeri possit donatio absenti facta. Quamobrem nullo prorsus iure huius legis Regiæ dispositio defendi potest, quoniam absenti & ignoranti ius emphyteuticum ex sola emphyteutica nominatione concedit ac tribuit, & si pro illo nemo acceptauerit, nec ille ratam habeat nominationem. Qua ratione merito hæc Ordinatio plerisque nostri ordinis grauissimis viris admirabilis visa est.

Ceterum † doctissimus, & Iureconsultissimus, & 10
omni æuo memorabilis, Senator Regius olim, Ant. Francisc. ab Alcacoua, socer meus meritissimus, cuius disciplinæ, quicquid in nobis eruditionis est acceptum referimus, (vt reperi in quibusdã eius collectaneis, ad hanc ordinationem, seu hypomnematis) interpretabatur, hanc legem Regiam, hac in re, quemadmodum, & in reliqs amplexã fuisse, singularẽ sententiam Bar. in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2. asserentis huiusmodi nominationes, q̃a respiciũt, ac intuentur, & cõtinent, actum quendã successionis post mortem, assumunt naturam relictorum in vltima voluntate, qua ratione fieri possunt, in fauorem absentis, & ignorantis, quemadmodum

pretes noſtri, voluiſſe teſtatorem in dubio preſumi, quam ſorem legatam viuus præſtat, præuenire heredem in legati præſtatione, quæ poſt mortem eius fieri debuit, vt obſeruarũt Bart. & Bald. & Peralta. d. l. Lucius, ff. de legat. 2. Bald in l. filia, in princ. C. de legat. & in l. 2. num. 5. C. de iure dotium, Rimnald. in princ. Inſtit. de donatio. num. 464. Quocirca præuentio iſta ſeu rei legatæ traditio, a teſtatore io vita facta, cum reſpiciat exſecutionem legati, non mutabit illius naturam (quæ reuocabilis eſt, vt ſupra diximus) ex regula Clement. 1. in fin. de præbend. Quamobrem huiuſmodi legatum non obſtante traditione reuocari poteſt, vt nominatim docuit Bart. in leg legatum, nu. 3. ff. de legat. 2. & eſt commuois & recepta ſententia, teſte Croto. in rubr. ff. de legat. 1. num. 25. & Afflictus q. 275 Gomezius 2. tomo. cap. 12. Gutierrez. in l. nemo poteſt, ff. de legat. 1. nu. 257. Quamuis contrarium verius credat Peralta. in d. l. Lucius, ff. de leg. 2. num. 5. cum ſeq. quo io loco etſi plura hinc inde congerat aduerſus communem argumẽta, illud potiſſimum eſt, quod per huiuſmodi rei traditionem, eſt legatario acquiſitum dominiũ, ex regula l. traditionib. C. de pact. cuius domioii traoslatio natura eſt perpetuæ acquiſitionis. l. qui ſit. ff. de ſolutio. l. fin. & ibi Dd. C. legatis, & in leg. 1. ff. ſi ager vectigal. Qua ratione ceſſat pœnitentia & variatio, ex regula l. apud Aufidium, ff. de opt on. legat. Quæ ſane obiectio tollitur, ſi attendis, mortis cauſſa donationem, non obſtante traditione reuocari poſſe. l. non omnis ff. ſi cert. pet. iuncta gl. verbo. deceſſiſſe, cum alis adductis a Couarr. 2. part. rub. de teſt. ad fi. verſ. hic omnib. fol. 230. Quo argumento idem eſt dicendum in legato tradito in vita, quod donationi cauſſa mortis ſolet comparari, Bal. in l. 1. num. 8. C. ſi quis omiſſ. cauſſa teſt. Traditio enim, quia ad exſecutionem pertinet, & illam reſpicit, determinati debet a cauſſa ſeu titulo præcedente, & ſecundum eum cenſeri & regulari, vt tradit Alberic. poſt Rayn. in l. legatum, ff. de leg. 2. & videtur agnouiſſe Bald. in l. 2. n. 5. C. de iure dot. & in d. l. 1 nu 8 ſi quis omiſſ. cauſſa teſt. reſoluens, traditionem rei legatæ in vita factam a teſtatore, trãſfundere legatum in donationem cauſſa mortis, cũ maximam ſimilitudiõe habeat ꝑ relatiooem ad tempus mortis, ſub qua, in dubio rei legatæ traditio facta videtur: concordãt plures citati a Tellio Feroandez in l. 17. Tauri, nu. 85. licet per multa repugnet Peralta, d. l. Lucius, a n. 5. vſque ad n 20. vbi notabiliter infert, ad caſum, quo pareos filio, teſtamẽto tertiam legauit, & poſtea tertiæ nomine rem aliquã viuus tradidit. Opinatur enim, per eam traditionem, tertiæ legatum irreuocabile fieri, quaſi in vita illa fuiſſet donata. At n. 22. ingenue fatetur, id vix io praxi tãquam contra communem traditionem obtinere poſſe, tradit Peraltæ ioemor Molina libr. 4. de primogen. Hiſpan. cap 2. num. 19. cum ſequent.

17 Ceterum † hæc communis ſeotentia intelligenda eſt, qñ teſtator in vita ſub commemoratione legati teſtamento relicti, ad traditionem proceſſit, io qua ſpecie reuocare nihilominus poſſe commonis traditio habet, vt aduertit gl. 1. in l. legatum. 37. ff. de legat. 2. vbi hoc Bart. explicat, n. 3. contrarium intelligens obſeruaodum, vbi teſtator ſimpliciter nulla legati facta meotione rem tradidit, quia hoc magis reuocabiliter viſus eſt, tradere, ſequitur Paul. in l. Lucius, n. 3. eod. tit. & conſ. 393. n. 2. vol. 1. Affl. q. 275. n. 5. Iaſ. in l. eam quam, n. 20. C. de fideic. an 8 verſ. ſeptimus. Gomez. 1. tomo c. 12. n. 4. & 17. Tauri. n. 24. aſſerit communem Pariſ. lib 2. conſ. 61 n. 37. & Aym in rub ff. de legat. 1. nu. 167. concordat Tellius, in l. 17. Tauri, n. 86. cum ſeq. vbi hanc firmat communem, & Gutierrez. in l. nemo poteſt ff. de legat. 1. n. 257. cum ſeq. Molina etiam libr. 4. de primog. Hiſp. c. 2. n. 19. Rim. in prin. Inſt. de don. n. 479. Couar. in rub. de teſt. 2. part. n. 21. col. fi. Peralta in l. cum pater §. a filia, ff. de leg. 2. nu. 92. gl 1. in l. 1. tit. 9 part. 6. Rimnald. in prin. Inſt de donat. n. 469. Loazes in l. filiusfa. §. Diui ff. de legat. 1. num. 6.

Quæ † profecto ſententia ſuſpecta admodũ redditur, ex his, quæ ſuperius ſcripſimus, vbi diximus, cootrarium probare ICtum in l. Lucius. 22. ff. de lega. 2. nec in dubio præſumitur mutata voluntas, l. cum quis 22. ff. de probat. Quapropter traditio ſimpliciter facta, debet intelligi ſecundum voluntatem præcedentem non mutatam, quæ reuocabilis erat, iuxta gloſſæ fi. doctrinam in l. quadam mulier, ff. de rei vindic. Boerius q. 77. n. 2. prout contra cõmunem & forte rectius locutus eſt Bal. in l filia, in prin. C. de lega. & in l. 2. nu. 5. C. de iure dotium. & Cremenſ. ſing. 15. Ripa in l. 1 a nu. 13. ff. quorum legator. & Cottà in memorabil. verbo. legatum ſactum. Plures alios refert hoc idem teoentes Tellius in l. 17. Tauri, n. 85. omnino videndus. Numero namque 86. quam plures refert contrarium reſoluẽtes, imo ſimplicem legati traditionem, inducere legati irreuocabilitatem, & tandem, n. 87. text. in d. l. Lucius 22 ff. de legat. 2. reſpondere conatur, oſtendens hanc communem magis probare. Quod ſane probare non auſim, quoniam text. ille id vnum tantum probat, ſolutum in vita teſtatoris legatum, repeti a legatario iterum non poſſe, niſi ille doceat, hoc voluiſſe defunctum. Præueniſſe enim heredem viſus eſt teſtator, qui legatum viuus ſoluit. Sed an reuocare talem ſolutionem, ſeu legati traditionem poſſit, ex eo Iureconſulti reſponſo deduci non poteſt: quare ille textus io neutram valet induci ſententiam. 18

Sed † vtramuis teneas id ſemper obſeruãdum eſt, traditiooem legati factam in vita, ex cauſſa irreuocabili, veluti donationis inter viuos ſeu dotis, efficere, quod amplius reuocari non poſſit. Videtur enim in hac ſpecie, ex cauſſa in traditione expreſſa, legati naturæ contraria, a oatura legati receſſum, vt colligitur ex l. huiuſmodi. 84. §. ſi Titio. in 2. ff. de lega. 1. vbi ſi Titio, Stychus, aut Pamphilus, vtrum eorum malit, legatus ſit, deinde Pamphilum Titio teſtator donauerit, quærebatur, an vter q; in obligatione eſſet, an nullus, quoniam iam vnum ex ſeruis habebam, quẽ tantum me defunctus habere voluit? Et reſpondet IC. Iulian. Stychus in obligatione manet. Etenim Pamphilum teſtator cum mihi donauit, a legato receſſiſſe viſus eſt, & propterea quoad illum ceſſat electio: & conſequenter ſi Stychum petiero, vtrumq; obtinebo, alterum ex donatione ioter viuos, alterũ vero ex cauſſa legati: Vode quoties teſtator rem a ſe legatam tradiderit, expreſſa cauſſa donationis aut dotis, vtique amplius rem traditam auocare ab eo, cui tradidit, oon poterit, per text. ibi. Et conſequenter, ſi ego filiæ meæ centum teſtamẽto legaui, & ex cauſſa dotis viuus eadem illi dedi, reſpoodẽdum eſt, legatum extingui, neq; voluiſſe ab herede præſtandũ viuũ ſoluere, vt habetur in l. filia 11. C. de legat. Sed an huiuſmodi dos ſic data, retineat naturam legati, quæſtio eſt, quã ibi mouet Bald. d. l. filia. in prin. & Fulgoſ. nu. 2. reſoluentes, quod ſic. Et cooſequenter, quod filia nõ te- 19

netur

netur huiusmodi dotem conferre. quemadmodum neque teneretur legatum, ex regula *l. a patre. 10. C. de collatio.* Concordat Crotus *in l. frater a fratre, ff. de cõd. indeb. nu. 95.* A quorũ sane doctrina per suprascripta ego facile recedo, cum animaduerto, in hac specie legatum fuisse transfusum, in donationem inter viuos, per text. *in d. §. si Titio.* Qua ratione in vita dos data, neq; reuocari amplius põt, nec in reliquis a legato regulari, & proinde cessare collationis onus nullo modo: siquidem in vita dos est constituta, nõ testamẽto data. vt notabiliter contra Bald. resoluẽdum credit. Ias. *in l. filiæ dotem. nu. 3. C. de collatio.* *Gomez in l. 17. Tauri, nu. 24. & Peralta, in l. Lucius, ff. de legat. 2. nu. 19. pag. 124.*

20 Ex † quibus aliquando respõdi in caussa ardua & magni momenti, patentem, qui filiã ad emphyteusin testamento nominauerat, variare neutiquã posse, si viuus ex dotis caussa, aut donationis, iterũ candem emphyteusin filiæ tradidit. Verum tñ hoc esse intelligebam, qñ secundam concessionem dominicam semel tãtum ille poterat nominare, vt explicabimus *infra §. 1.* Nam cum per suprascripta fiat transfusio de legato in donationem inter viuos, ex sola legati traditione expressa caussa irreuocabili, nec semel factam nominationem inter viuos parẽs reuocare valeat, consequens est, & hanc firmam fore censendam. Ceterum si variare ille poterat, ex dominica concessione hoc permittente, vt contingit, qñ emphyteusis est concessa cum potestate nominandi ad tempus mortis relata, sola traditio ex caussa donationis, aut dotis non sufficiet, nisi omnino obseruetur huius legis Regiæ forma, necessaria ad constituendam nominationem inter viuos reuocabilem. Quod diligenter nota.

Quid est igitur tenendum in casu, quem tractamus? *Tenebitur ne ad emphyteusin nominatus, nominatione reuocata, rem ipsam cum fructibus perceptis, restituere?* Proculdubio ex supradicta resolutione videtur dicendum, quod sic. Quoniam hoc idem in legato & donatione caussa mortis ostendimus, fore obseruandũ; quibus huiusmodi nominationes emphyteuticæ omnino comparantur, *vt supra aduertimus.* Cui tñ sententiæ, in casu contingenti quidã nõ indocti viri aliquando refragabantur. Sed nos contrariũ vt verius, & receptius esse arbitramur, obseruandum, ex auctoritate glossę notabilis, *in l. cum pater, §. a filia, ff. de leg. 2. verbo. non esse.* Vbi nominatim, in proposita hypothesi quærit, *an nominatus in vita, ab eo, qui erat grauatus, eligere, cum moreretur, num de certis. & sic inutiliter fructus saltem retinere valeat, electione reuocata?* Et respondet quod sic, intelligens respectu fructuum nominationem, seu electionem intempestiuam valere, & fore obseruandam, sequũtur Dd. ibi communiter, & Paul. *in l. post mortem, C. de fideic. n. 2. post Cuman.* concordat Molina, *libr. 2. de primog. Hisp. c. 4. nu. 31* & Peralta, cuius iam meminimus *supra q. 2. n. 20. vers. 4.* Quo quidem argumento, & auctoritate respondendum necessario est, nominatum ad emphyteusin, & in illius possessionẽ missum fructus suos facere, & si reuocabiliter fuerit nominatus, vt eleganter obseruauit clarissimus suo seculo IC. Goncalus Valasc. *in l. vnum ex familia in fin. prin. ff. de legat. 2.* paucis hoc notum esse asserens. Neque, vt eximius ille vir ait, vrgent quicquam in contrarium adducta, quoniam solum procedunt, in eo, qui reuocauit donationẽ, seu legatum suæ propriæ rei, quam donatarius ab ipsomet reuocante habet, non ab alio: in qua specie rem auocans, simul & fructus repetit, non sic, qñ ab alio donatarius capit, nõ ab ipso donante, vt contingit in emphyteusi, q̃ nominatus a domino directo, non ab ipso nominante capit, vt sæpius aduertimus per text. *in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de legat. 2.* Quæ pfecto vtilis est in praxi resolutio, per q̃ ego etiam aliquãdo respondi, in fauorem viri nobilis, in quem agnatus, maioratus successionem cesserat, cum moreretur, & sic reuocabiliter, pati quidem reuocationẽ posse, fructus tamen interim ab eo perceptos, retinere iuste posse ex ratione pxime scripta, quia hos magis a primo cõcedẽte, q̃ ab ipsomet agnato, qui successionem cessit, habere censetur, *vt in d. loco Valasc. adnotauit.*

Verum † contrarium necessario respondendum est, si primus maioratus conditor & institutor, qui me testamento, aut aliter reuocabiliter nominauit, post eius mortem successorẽ, forte ipsum maioratum, seu bona illi vnita & incorporata cessit, & tradidit, aut eorum partem aliquam. Is n. si postea electionem reuocauerit, bona ipsa cum fructib. auocabit. Militant enim in hac specie rationes, & argumẽta omnia supra adducta, quib. probauimus mortis caussa donata, aut ex simili titulo reuocabili, simul cum fructib. a conferente reuocari. Cessat itque ratio pscripta, qua cũ eximio Valasc. ocgauimus, id obtinere posse emphyteuta in nominante, q licet rẽ ipsam repetat, fructus tñ a nominato auocare non põt: quoniã hos a dño directu magis, q̃ ab ipso nomiñãte capit. Cessat inquã hęc ratio in primo maioratus conditore, a quo ille electus, nõ a quopiã alio capit. Et ppterea sine dubio resoluendum est, rem cum fructib. auocare. Quamuis Greg. Lopez *in l. 2. tit. 15. part. 2. in gl. 1. col. fi. post prin.* contrarium obseruandum opinetur, ex auctoritate Baldi *in l. vxor patris, in fin. C. de legat.* volentis, textum ibi quatenus pbat, inutile esse legatum vsusfructus, ab eo relictũ, qui tm̃ vsusfructuarius erat, siquidem morte vsusfructus finitur. *vt in §. finitur. Inst. de vsufr.* non pcedere respectu interusurii, seu fructuum, quãdiu ille vixerit, colligendorum, si modo testator vsumfructum legans, ad rei, super qua ille est cõstitutus, traditionem pcesserit, citat Bald. textum, *in l. si mulier. 13. ad fi. ff. de leg. 1. 3.* vbi Vlpian. postquam respondit, creditorem a debitore, qui illi debitum legauit, grauari non posse, quia nullum prorsus considerabile, & pecuniariũ cõmodum ex co legato est cõsecuturus. Subdit contrarium fore obseruandum, si vsusfructuarius pprietario vsumfructum mortis caussa cesserit. Poterit o. is grauari, & ei onus adduci, & si certum sit, vsumfructum eius, qui cessit, morte exstinguendum fore. Nam inquit IC. *medii potius tẽporis, quo viuat, qui donauit, commodum cogitamus.* Est n. illud medii tẽporis interusurium considerabile, quia cõmodum pecuniarium habet. Qua ratione, p illius vtilitate imponi onus recte põt, *vt ibi, & in l. ab eo, C. de fideic.* Quo argumento, & auctoritate Greg. Lopez, *in prædicto loco*, arbitratur, maioratus conditorem, qui successorem in vltima voluntate, & sic reuocabiliter nominauit, vtiliter in vita tradere respectu saltem fructuum, qui ad nominatũ percipientem pertinebunt. Intellexisse aũt Greg. Lupũ, irreuocabiliter fructus ad nominatũ pertinere necessariũ est, ex auctoritate Baldi, quem citat, q similiter pbat legatum vsusfructus tenere, si in vita per viam

ceſſionis, fiat illius traditio, vt habetur *in l. ſi mulier, ad finem. ff. de leg. 3.* vbi de irreuocabili ceſſione fit mentio, quo caſu, *vt iam ſupra aduertimus*, mortis cauſſa donatio, & legatum per traditionem in donationem inter viuos irreuocabilem transfunduntur, ꝙ admitti exſtantibus ſupra ſcriptis, nullo modo poteſt, in primo maioratus conditore, a quo nominatus vere, non ab alio capit. Quamobrem eius traditio, & reuocatio regulari debet ex iuribus ſupra adductis. Quibus probauimus, rem traditam ex titulo reuocabili, euinci poſſe ab eo, cui tradita eſt, cum fructibus ex ea perceptis: licet contrarium ſit reſoluendum, in nominato ad emphyteuſin, qui a domino directo, non a nominante capit, *vt Goncalus Valaſc. egregie dicebat.*

22 Ex † quibus ita perpenſis, vtiliter defenditur, verũ eſſe, quod plus millies in praxi reſpondimus, variationem nominationis a lege noſtra in hoc principio permiſſam, non impediri per rei emphyteuticæ traditionem, ad quam licet nominans progrediatur, variare poterit, vſque ad mortem, vt hac Ordinatione plane cauetur. Cui reſolutioni pręſtat argumentũ mortis cauſſa donatio, (cui hæc poteſtas nominandi comparatur) quam poſſe reuocari non obſtante rei donatæ traditione, vt iã ſupra diximus, *n. 16. per l. non omnis, ff. ſi cert. pet.* iuncta gl. Solet n. rei traditio regulari a cauſſa & titulo præcedente, vt ibidẽ aduertimus, idem reſoluentes in legato, teſtamento relicto, cuius ſimiliter traditio reuocationẽ non impedit, *vt ſupra n. 18. & q. 2. n. 32.* Iuxta q̃ interpretationẽ regulanda eſt, neceſſario hæc nominatio emphyteutica, de qua agimus ad tẽpus mortis relata, q̃ fore mortis cauſſa donationi cõparãdam tractabimus, *in tract. de acq. emph c. 16. n. 28.* Nec minus cõducit, ꝙ diximus *ſupra n. 7.* reuocata nominatione teneri nominatũ ẽt fructus reſtituere, quos interim ex re emphyteutica percepit. Quod minime obtineret, ſi traditio variationem impediret.

23 Quæ ſane † reſolutio intelligenda eſt neceſſario, qñ nominans poſt mortẽ ſuã, ſeu cum morietur, vel ẽt teſtamẽto, aut codicillis ſtatim rẽ ipſam emphyteuticã nominato tradidit. In qua q̃dẽ ſpecie, quẽadmodum ipſa nominatio ſeu titulus eſt reuocabilis, ita ẽt & traditio, q̃ tanquã reſpiciens exſecutionem tituli reuocabilis, non põt, nec debet illius naturam mutare, *ex regula Clem. 1. in fin. de prab.* Quod idem reſpondendum eſt, qñ ex interuallo, aliquo iã tempore lapſo, poſt factam nominationẽ, emphyteuta rem nominato tradidit, ſub commemoratione tñ nominationis factæ: quoniam etiam hoc caſu videtur cauſſa, & titulus præcedens repetitus, & ad illius exſecutionem adiecta traditio, quæ impedire per ſupra ſcripta exſecutionem non valet, vt in legato tradito a teſtatore in vita ſub commemoratione cauſſæ præcedentis, reſoluit Bart. *in l. legatum, ff. de legat. 2. nu. 3.* Contrarium obſeruandum fore reſoluens, qñ ſimpliciter viuus teſtator rem legatam tradidit, quia tunc magis inter viuos donare, & a cauſſa legati reuocabili recedere viſus eſt. Quæ cõmunis reſolutio eſt, vt iam ſupra aduertimus, *nu. 16. & 17.* Quamobrem eodem argumẽto, idem quoq; in nominatione, q̃ tractamus, reſpondẽdum eſt, ſc. traditionem ex interuallo factã impedire nominationis reuocabiliter factæ reuocationem: quaſi nominans emphyteuta magis inter viuos, voluerit de nouo nominare, a priore recedens mortis cauſſa facta nominatione. Quæ profecto reſolutio retenta, communi Bartoli ſententia, *d. l. legatum*, neceſſaria eſt, eo tamen caſu, in quo emphyteutæ ſimpliciter conceſſa eſt, nominãdi poteſtas: in qua ſpecie ſemel tantum in vita nominare poteſt, *vt infra §. 1. hoc tit. habetur.* Quocirca quemadmodum ſemel factam in vita nominationem reuocare non valet, ita nec iſtã ex interuallo, ex traditione rei emphyteuticæ reſultantem: quoniam hæc id ſolum habet, inter viuos, quandam nominationem irreuocabilem, quia prioris cauſſæ reuocabilis non fuit facta mentio.

Vnde † ſi ex dominica conceſſione variare emphyteuta poteſt, quemadmodum contingit, in caſu huius Ordinationis *in princ.* ſi huiuſmodi caſus incidat, ſine vlla difficultate, cõcedenda reuocatio eſt: quoniã in cõfeſſo eſt, in caſu huius principii omnẽ inter viuos factã nominationẽ reuocari poſſe, niſi omne ius emphyteuticum emphyteuta cedat, *vt infra dicemus.* Idẽ ꝙ noſtri interpretes gl. & Bart. *in d. l. legatum. ff. de leg. 2.* reſoluunt, traditionem rei legatæ, poſt teſtamentum factã inducere legati irreuocabilitatẽ, ſine dubio ꝓcedit, quia cõliatur, ſic tradẽs citra legati cõmemorationem maluit inter viuos dare, & ſic irreuocabiliter per receſſum a natura legati, vt ex ipſiſmet auctorib. qui Bartolum ſequuntur, palam colligitur, & ex Ferd. Lopez, *in l. filiusfamil §. Diui, ff. de legat. 1. nu. 6* vbi adducit tex. *in l. datum. 17. C. de legat.* perpendendo verbum, *dare*, de quo ibi ad actũ inter viuos neceſſario referendũ eſſe. Quocirca variandi amplius facultate caret, ex regula, *l. ſicut ab initio. C. de act. & obl. & l. perfecta donat. C. de donat. quæ ſub modo, cũ vulg.* Quæ quidem reſolutio noſtris nominationib. retento Themate conceſſionis factę iuxta hanc Ordinationẽ *in prin.* adaptari nõ poteſt, quoniam & lex noſtra Regia ꝓbat, inter viuos factã nominationem reuocari poſſe, niſi omne ius emphyteuticũ, nominãs cedat. Et eſt ratio, q̃a ſimpliciter nominãs videtur ſe referre ad formã cõceſſionis, & ſecundũ illã per relationẽ ad tẽpus mortis nominare, & ſic reuocabitur. Aliter ſola traditio rei emphyteuticæ fortior erit, q̃ cum traditione facta ſimplex nominatio. Quia nefas eſt, & graue abſurdũ: ſi pſertim cõſideres pdictã traditionẽ plura cõtinerę ſpecialia. Si q̃dem induceret receſsũ a mortis cauſſa datione ꝓducentẽ effectũ donationis inter viuos. Induceret ẽt, ꝙ ſimplex illa nominatio ex traditione ꝓducta, erit irreuocabilis, nõ reſeruãda ad tẽpus mortis, iuxta formã cõceſſionis. q̃ eſt contra ea, q̃ habentur in *l. 1. C. de dotis promiſſ.* Nec vlla iuris ratio patitur, ꝙ ſimplici traditioni pluſq; ã nominationi & traditioni tribuendũ ſit. Quamobrẽ ſtãte dominica conceſſione, de qua *in princ. huius legis*, nullo modo concedere poſſumus, negandam fore nominanti reuocationẽ. Quod ſedulo obſeruandũ eſt. Aliter neque, ꝙ lex iſta ꝓbat, habentẽ poteſtatẽ nominandi, cũ morietur poſſe, vſq; ad mortẽ variare, defendi commode põt. Neq; ẽt, ꝙ ſuperius diximus, nominatione reuocata, rem ipſam emphyteuticam, cum fructibus reuocari: In qua ſpecie ſine vlla hæſitatione, præſupponitur, rem fuiſſe nominato traditam, iuxta tradita *in l. Titia. ff. de ſolutio.* Aliter enim, niſi ille poſſideat, inepta eſt fructuũ quæſtio, & repetitio. Et hoc eſt profecto, quod apud Pariſ. legitur, *lib. 2. conſ. 16. n. 9. cum ſeq.* donationẽ cauſſa mortis, vel q̃uis aliam reuocabilem, ex eo irreuocabilem 24

bilem

bilem non fieri, quod fuit ad traditionem processum, etiamsi adsit clausula, *Ex nunc prout ex tunc.*

25 Ego in comprobationem huius traditionis, inducere sum solitus, textum, qui cum iudicio perpensus hanc plane confirmat sententiam, q rei emphyteuticæ traditio in consideratione non sit, cum quæritur, *an de ea facta nominatio reuocari possit.* Hic est text. *in §.2 infra hoc tit.* Vbi Lusitanus legislator hanc rem cõsiderãs, sanxit solum titulum nominationis conferre nominato ius irreuocabile, etiam ignoranti & absenti, & consequenter, & si traditio non interuenerit; Sola ergo nominatio ipsa est in hac materia attendenda, & secundũ eã resoluendũ est, sit ne ius irreuocabile nominato acquisitũ, nec ne, non traditio consideranda, quæ cum executionem respiciat, nequit robur aliquod nominationi addere.

26 Quamobrem † sæpius intrepide respondi, cõstituti clausulam & fructuum reseruationem, nominationem, de qua agimus, non efficere irreuocabilem, *ex Paris. lib. 2. cons. 16 n. 11. cum seq.* Namq; veræ rei traditioni negamus, per suprascripta fictæ concedere non valemus, facit Loazes *d. l. filiusfam. l. §. Diui, n. 6. in fin. ff. de leg. 1.* vbi vix concedit, huic clausulæ constituti eundem effectum, quem Bar. & cõmunis *d. l. legatum,* tribuunt veræ traditioni rei legatæ q etiam in praxi vtilissimum est. Nec meo quidem iudicio ad rem facit, quod in *l. serui electione, in princ. ff. de leg. 1.* communiter DD. resoluunt, cessare eligendi potestatẽ, postquam translatum est dominium in nominatum, vt habetur *in l. apud Aufidium, ff. de optio. leg. Ripa post alios in d. l. serui electione, in princ. n. 1. & post Socinum, col. 2.* resoluens, per traditionem dici factam plenam executionem, quæ impediat variandi facultatẽ, tradit Peralta *in l. Lucius, a nu. 5. ff. de leg. 2.* Doctores *in l. 17. Tauri,* resoluentes, hoc argumento & ratione defendi posse illius legis dispositionem, *& 44 eod. lib.* quatenus disponunt, validam, firmamq; esse de tertia factam, a patre donationem in fauorem filiifamilias, si modo traditio intercesserit vera, siue etiam ficta, per clausulam constituti, vt in ea l. 17. Tauri obseruauit, gl. *verb. Possessionis, fol. 58. col. 2. Peralta in l. vnum ex familia, in princ. n. 19 ad fin. ff. de legat. 2.* In qua quidem dispositione ea lex est notabilis, tanquam noua iurisque præcepta violans, vt ibi obseruauit Tellius *in princ.* Tantum enim abest, vt ea legis sanctio a iuris principiis proficiscatur. Quamobrem ad tertiam, in qua loquitur, necessario restringenda est, neque vllo modo ad donationem quinti extendenda est. Hoc enim etsi traditum a patre sit, reuocabile erit, secundum iuris communis præcepta, quæ docent, paternam donationem etiam traditione confirmatam reuocabilem esse, quamuis morte possit confirmari. *l. donationes quas parentes, C. de donat. inter virum & vxorem. l. 2. C. de inoff. donat. Ant. Gomez d. l. 17. Tauri, & ibidem Tellius, n. etiam 4.* secundum quã regulam quinti donatio, de qua *in d. l. 17.* non est facta mentio, est sine dubio censenda, vt post Anton. Gomez *d. l. 17. Tauri.* resoluit Tellius, *n. 7. & 11.* Non est enim rei traditio potens, ad impediendum a iure concessam reuocandi potestatem. Quocirca neque in casu, quem tractamus, illa impediri debet, quamuis emphyteuta ad rei traditionẽ procedat. Porro, quę in *d. l. serui electione,* habẽtur, ad eum casum spectant, in quo non est nominatim ante mortẽ cõcessa eligendi potestas, seu cum eligere debens moritur, qui est casus noster, in quo dñs directus emphyteutæ eo ipso concessit, vsque ad mortem, variandi facultatem. Quapropter dicta *l. apud Aufidium, ff. de optione legati.* dispositio adaptari magis potest casui, in *§. 1. infra* hoc titulo pertractato, vbi simpliciter emphyteutæ fuit nominandi concessa potestas, nõ ad tempus mortis. Quare illi variãdi negatur facultas, ex ratione *d. l. apud Aufidium,* quia per eam nominationem, etiã absenti & ignoranti, ex dominica concessione ius irreuocabile acquiritur, licet nõ sit ad traditionem deuẽtum, *vt in §. 1. hac l. probatur.* In quo sane maximam habet similitudinem cum legato, cuius electio prima reuocari nequit, q a ipso iure eius dominium transit in legatarium, ex regula, *l. a Titio, ff. de furtis,* sic etiam emphyteutica nominatio, in casu dicto. *§. 2 infra hac leg.* semel facta non reuocatur, quia ipso iure nominato ius acquiritur emphyteuticum, & irreuocabile, vt *in d. §. 2.* expresse cauetur.

Verũ † hæc omnia intelligenda sunt, nisi constet, 27
emphyteutã nominantẽ omnino hãc a se potestatẽ variãdi abdicare voluisse, q in terminis legis nostræ in hoc principio, qñ est nominãdus incertus de incertis, iã supra resoluimus fore obseruandum: quia non est, qui de huiusmodi irreuocabilitate cõqueri possit. Cuius contrariũ resoluendũ est, qñ est eligẽdus, incertus de incertis, ne iis, q mortis tẽpore superfuerunt, aliquod p̃iudiciũ inferatur, ac generetur. Ex his q̃ habentur *in l. cum pater, §. a filia, ff. de legat. 2.* In casu itaq; legis nostræ *hic in princ.* si cõstiterit emphyteutam, quẽpiam irreuocabiliter nominare voluisse, sine dubio omnis variandi potestas cessabit, quẽadmodũ cessat, qñ testator legatũ ab herede p̃standũ, viuus legatario inter viuos dedit & tradit, *iuxta not. in l. Lucius 22. ff. de lega. 2.* quo ẽt exẽplo, idem in donatione caussa mortis respondetur, ex donãtis voluntate irreuocabilẽ fieri, *vt in l. vbi ita donatur, ff. de donat. caussa mortis, tradit Paris. lib. 3. cons. 33.*

At *qualiter p̃babitur, emphyteutã nominando, a seipso potestatem iterum nominandi abdicare voluisse,* vtilis admodũ est quæstio, & in foro frequẽs, ac necessaria? Lex nostra regia *in hoc princip.* vt interpretabatur insignis & excellens IC. Goncalus Valasc. olim Coimbricæ p̃fessor eximius, hãc q̃stionem indecisam nõ reliqt, dũ subdit, *Trespassando na dita pessoa todo o dereito que na dita cousa assi ada tenha, ja nã podera nomear outra vez, &c.* Quibus verbis, vt Goncalus Vaa obseruauit, *in l. vnũ ex familia, ff. de leg. 2.* plane constat, emphyteutã tũc demũ amittere variãdi facultatẽ, qñ nominato cessit, & concessit omne ius emphyteuticũ, q habebat. Quæ verba intelligebat vir ille doctissimus, necessario fore adiungẽda emphyteuticis nominationib. quo firma, stabilis, & immutabilis nominatio ab eo facta, qui p relationem, ad tẽpus mortis, nominandi potestatem habet, esse possit: intelligens aliter, etiãsi ad rei traditionẽ processum sit, impediri nominationis reuocationẽ nõ posse. Inducebat vir ille vltra dicta verba legis Regię Aretinum *in l. 3. in prin. col. cum seq. ff. de verb. obl.* resoluentẽ, posse eligendi potestatẽ cedi, & in aliũ trãsferri p̃curatorio íaltẽ nomine, *vt ibi per eũ et. & nos latius diximus in tract. de nominat. emph. quæst. 6. nu. 22.* Quod agnoscens legislator Lusitanus, in hoc principio, intelligens nominantem emphyteutã, ex emphyteutica, seu dominica concessione facultatẽ ha-

bere, & ius nominandi pluries vsque ad mortem, & consequenter postquam nominauit vnum, adhuc penes eum manere potestatem nominandi alium: ne quomodo hoc facere posset, declarauit oportere, illum in fauorē nominandi cedere omne ius emphyteuticum, quod habet, quasi aliter sit retēturus eam potestatem alium nominandi: submota ꝓcul differentia, & controuersia, sit *ne concessa potestas eligendi incertum de certis, vel de incertis.* Quæ sane abrogāda est, quoniam quo ad reuocationem, de qua agimus, totum negotiū facit, ad tempus mortis relata nominandi facultas, non nominandorū qualitas. Et si verum sit, quod pp præiudicium eorū, qui mortis tempore superfuerunt, mortuo irreuocabiliter nominato filio, seu agnato, aliū de familia omnino nominare debet *per l. cum pater, §. a filia, & §. hereditatem, ff. de legat. 2.* quæ vtilis est ē traditio & notabilis declaratio, ad ea, quæ iam supra resoluimus. Nam quemadmodum pōt emphyteuta, q nominādi vnum de certis facultatē habet, simpliciter vnum nominās, subticere, nec aliū nominare, si velit, vt sic ꝓdicta simplex nominatio morte sua confirmetur, si ille superuiuat nominatus: ita ēt si a se variandi facultatem abdicauerit, adstringetur inuitus variādi spe carens, nisi ille prius decedat, nominati mortem exspectare: quo casu, non ex parte sua, sed magis ex superueniente casu, & nominati suscitatur potestas iterum nominandi, ne aliis, qui superfuerunt tēpore mortis, fiat præiudicium. Ea igitur in hoc casu obseruanda differentia est, inter certum de certis, & de incertis nominatum: ꝙ iste irreuocabiliter nominatus emphyteusin ad suos transmittit heredes, *vt hic in fin. prin. canetur*, ille vero nomine, quia repugnat domini directi voluntas, negans quēpiam aliū, quā vnum de superstitib. tempore mortis emphyteutæ, posse nominari. Quod etiam diligenter nota.

29 Hic† vero non alienū ab instituto fore existimo, qñ in hac Ordinatione transferendi verbū vsurpat, ibi *Traspassando*, exponere, qualiter hoc verbū apud ICtos accipiatur. Transferre enim, idem est, ꝙ conuertere, destinare, *text. in l. vinariæ vasa 209. ff. de ver. sig.* ibi: *quoniam ad alium transferri possent.* Facit lex, *Si cui, vers. deinde, ff. quib. mod. vsusfructus amittitur*, ibi: *Deinde, & si histrioni reliquerit vsumfructum, & eū ad aliud ministerium transtulerit.* Significat ēt transmittere, seu mutare, quasi de vno ad alium ferre, ire. Et interdū respicit personas, *l. pen. ff. de vacatio mun.* Nihil n. tā conueniens ęquitati naturali, q̄ volūtatē dñi volētis rē suā in aliū transferri, ratā haberi, *l. qua ratione, §. 1. in fi. ff. de acq. rerū do. l. 1. ff. de const. princ.* Et IC. *in l. cum patri famil. ff. de vsur.* dicit, *ad cæteros quoq; deinceps transmittetur, l. nō vult heres. ff. de reg. iur.* Vnde perpetuæ sepulturæ corpora non posse transferri scribit IC. *in l. 3. §. perpetuæ, ff. de sepulcro violato. & in §. D. Adrian.* ibi: *dicitur transferri corpus.* Et IC. alibi sic ait. *Esset n. absurdum quem prætor manente patria potestate ad actionem admittendum probauerit, ei patrifamilias vltionem iniuriarum suarum eripi, & trāsferri ad patrē, qui eam, quantum in ipse est, omiserit, l. sed si vnius, in fin. ff. de iniuriis, & in §. sed et si pater*, ibi: *Sed et si pater lite contestata, cœperit abesse, vel etiā negligere exsecutionem pater vilis, dicendū est, cognitam tralationē filio competere*, facit lex non distinguemus, §. quæsitum, ibi, *aut in alios interdum inimicos agentium transferrentur.* & vers. *non aūt idem* Item sicut legatum adimi pōt, ita & in alium transferri, veluti hoc modo, *quod Titio legaui id Seio, do lego*, q̄ res in persona Titii tacitam ademtionem continet. Quæ translatio fit quatuor modis, *vt in l. sicut. & l. seq. ff. de adim. legat.* Quandoq; verbū transferre respicit tēpus, *l. sicut, §. superuacuum. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. soluitur* ibi: *Doli mali exceptio inerit trāslata ad præsens tempus*, i.e. *transmissa.* facit lex *immunitates, ff. de iure immun.* Aliquando vero respicit locum, & tunc transferre est loco ad locum ferre, mutare, traducere, *l. cum hi, §. in caussa, ff. de transact.* ibi: *Aut si destinet domiciliū transferre*, quod domiciliū re & facto transfertur, *l. de domiciliū. ff. de municip.* re, per mutationē rerum & fortunarū, *l. in leg. Consirta cod.* facto, qñ quis alio iuit habitatum animo constituendi ibi domicilium, tunc facto domicilium transfertur, facit lex *in fraudem, §. Conductor, ff. de iure fisci, l. 1. §. pen. de vacatio. muner.* In prouinciam transferatur, *l. sed & si restituatur, §. sed & si deus, ff. de iudiciis, l. sicut, in fi. ff. de seruit.* & IC. exprimit, in locum commodiorem licere transferre, *l. diui fratres, ff. de relig.* Inde argentarius, si instrumentum transtulit, i.e. de vno loco, in alium locum tulit, vel commutauit, *l. prætor in fi. ff. de edendo*, transferre merces in aliam nauem. *l. si, §. 1 ff. ad leg. Rhod. de iact.* inde translata arbor, *l. idem Pompon. §. de arbore. ff. de rei vind.* Transferre corpora, de loco in locum trāsmutare. Vnde si quis in insulam deportatus, vel relegatus fuerit, pœna etiam post mortem manet, nec licet eum inde transferre aliquo, & sepelire inconsulto principe, *l. 2. ff. de Cad. l. puniendi l. cum in diuersis ff. de religios.* Et nec corpora, aut ossa mortuorum detinerentur, aut vexarentur, ne ve prohiberentur, quominus via publica *transferrentur*, i.e. transueherentur. Interdum respicit materiam, vt transferre pœnam, transmittere, commutare de vna in aliam, *l. aut damnū, §. quisquis, & §. seq. ff. de pœnis*, vbi in vno §. vsus est verbo, transmittere, in alio transferre. Transferre in aliud nomen, est delegare, seu nouare *l. pœnis, ff. de condict. furt.* ibi: *In aliud nomen, aliumq; si a. n. obligationis transferatur.* Transferre iurisdictionem est mandare, delegare, *l. nemo pōt. ff. de reg. iur.* ibi: *Nemo potest gladii potestatem sibi datam in alium transferre*, iuncta *l. obseruare, ff. de officio. Procons.* vbi in vna est, mandare: in altera transferre. Item transferre, est transmittere iudicium trāsfundere, *l. post litem con l. præced. ff. de procur. l. qua omnia, iuncta l. sed etiam. cū l. seq.* ibi. *transferre iudicium, l. in caussa, ff. de procurat. l. & eleganter, §. pen. ff. de dolo l. si eum hominem ff. de fideiuss. l. tam ex contractib. de inanitis, l. prætor ff. de noxalib.* inde, Translatum iudicium, *l. 1 in fi. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. sol.* Transferre venditionem, pro resoluere. *l. si is qui. §. si functus, ff. quod vi aut clam.* ibi: *Fundo n. in diem addicto & cōmodum & incōmodum omne ad emtorem pertinere, antequam venditio transferatur.* iuncta *l. 2. ff. de in diem adiectio.* i.e. antequā resoluatur. & ad alium transmittatur. *Omnia quæ ad duob. reis dicta sunt, & ad reum & ad fideiussorem, si fuerint, transferre licebit, l. si reus ff. de cond. indeb.* i.e. dicta, & statuta in duob. reis, habent locum in fideiussore, & reo, si soluerint, & statuta in reis duob. censentur in his statuta. *Querelam ad heredem suum transferre.* pro transmittere. *l. posthumus, in h. iuncta l. seq. ff. de in offic. test.* vbi in vna l. est trāsferre, in alia trāsmittere. *Trāsferre pignus, l. 2 ff. de distract. pign.* Transferatur hereditas ad fiscū, id est, applicetur, cōfiscetur, *l. pen. ff. de iure fisc. cū l. si sequens. ff. ad Syllanian.* Et translata prædia fisco vindicantur, *l. cerane, in fi. prin. ff. ad mun. et p.*

Trans-

Transferre obligationẽ, ꝑ transmittere, trãsfundere, *l. 1. ff. de nouatio. l. & eleganter, §. Seruus, ff. de dolo, & l. & patri, §. si minor ff. de minor. & l. fiis cuius ff. de interrog. actio. & l. eo tempore, §. etiam, ff. de peculio, l. quamuis §. Marcellus, ff. ad Velleia: & l. vir vxori ss. bidem, & l. pater. § si minor. ff. de minor.* Transferre pro vertere, vt Græcos in latinam linguam auctores transferre, *l. si, ff. de colleg. illicit.* ibi. *Et hæc videtur ex lege Solonis translata.* & transferre apud Rhetores, est cum ꝓpriam significationem, ad aliã vertimus, de quo Quintil *lib. 1.* Translatio, exornatio est, Græce dicitur *μεταφορά*, cum verbum in quandã rem transfertur ex alia re. Quod propter similitudinem recti videtur posse trãsferri. Vnde Cicero de Oratore ait. *Translationes quasi mutationes sunt, cum quod non habeas, aliunde sumas.* Et postea subdit *Trãslata verba quasi stella illustrant orationem*, Aleiatus *lib. 1. parergon cap. 10.* Et prætor decernere debet translationem iudicii, in statuliberum fieri, *l. prætor, ff. de noxal. action.* De iure vero Pontificio translatio est, de vna in aliam Ecclesiam legitime facta mutatio, *vt in Rub. de translatio. Episcopo* *inncto enpit. mutationes, 7. quæst. 1.* de qua late Rebuffus *in praxi benef. 1. parte. titul. de translatio. Episcopo.* Interdum Monachus de vno Monasterio ad aliud transfertur, de quo *in cap. cum singula §. 1. de præbend. in 6. & in cap. si quis iam translatus 22. quæst. 2.* de quo Rebuffus *in praxi de translation. Monacho.* Translatiuum etiam dicitur apud Ciceronem de inuentione. *Cum autem actio translationis, aut commutationis indigere videtur, Constitutio translatiua appellatur.* Vel translatiuum dicitur vulgare, & publicum, non eximium, sed plebeium ac vsitatum. Inde *translatiua officia*, vulgaria vocantur, & ab omnibus vsurpata. non ab intimis modo, & his, qui exquisite amicitiam colunt, *teste Budæo in annotat. l. 10. in Pandect. in l. ex empto. ff. de actio. empti.* Translatiue, id est, defunctorie, vulgari, & non accurata diligentia, *Budæus vbi supra textu. in l. 1. §. præuaricatorem, ff. ad Turpill.* ibi, *præuaricatorem eum ostendimus esse, qui colludit cum reo, & translatiue munere accusãdi defungitur eo, quod proprias quidẽ probationes dissimularet, falsas vero excusationes admitteret*, & *in l. 1. ff. de Iure patron.* dicitur, patronorũ querelas, aduersus libertos, præsides audire debent, & non translatiue exsequi debent, non negligenter, nec leuiter, seu remisse, vel perfunctorie, sed translatitie legit Anton. Augustin. *in tit. qui pet. tuto.* non translatiue, quod verbum sumtum esse ab edictis prætorum, translatitius asserit, in quibus nullam curam adhibebant. hoc idem perfunctorie, dicitur, lusorie, *l. qui libertates, §. sed & si quis, ff. de euictio. & l. si seruus plurium, §. 1. ff. de leg. 1.* Dicimus etiam transferre actionem, *in l. si eum, in fin. ff. de exercitor. actio.* ibi. *Hoc enim casu non transfertur actio, sed adducitur.* Translata onera actionis, id est attributa, trãsmissa, *l. plane, ff. familiæ Hercisc.* vbi prius dicit *attributa*, postea *trãslata.* Et translata pecunia, *in l. si pater 2. ff. de iure dotium.* Transferre sortis petitionem censetur, qui hereditatem restituit *l. si post. ff. de const. pecu.* Transferre ius, id est, cedere, *l. non solum, 2. ff. de noxalib. l. item cum l. si quem. ff. de alien. iud.* Ius translatũ, cessum dicimus, *l. cum in fundo. §. si vxor, ff. de iure dot.* item nemo potest plus iuris ad alium transferre quam ipse habet, *l. nemo plus iuris, ff. de regulis iur.* & traditio nihil amplius transferre debet, vel potest ad eum, qui accepit, quã est apud eum, qui tradidit *l. traditio, ff. de acquirend. rerũ domi. & in l. quod nostrum, ff. de vsufruct.* Translatis Reipub. Regimentis, *l. 1. in prin ff. de offic. præt.* Dicimus quoq; transferre possessionem, tex. *in l. qui restituere, ff. de rei vendi.* ibi. *manu militari officio iudicis ab eo possessio transferatur. & in leg. final. ff. eodem, & l. Iulia, ff. ad exhibend. & §. si quis rem*, ibi, *translatam in aliud corpus.* ibidem. Vel interdum solam possessionem pignus transfert, id est, tribuit, *leg. cum & sortis in fin. ff. de pignor. actione.* Transferre conditionem, *l. obligationum fere in fine, ff. de action. & obligat.* Ceterum, vt ad institutum reuertamur, transferre dominium, de quo hæc Ordinatio mẽtionem facit, etiam vsurpat Iureconsultus *in lege tertia, ff. de doli exceptio. l. in omnibus, 2. ff. de actione, & obligation. l. si quis a militis, & l. si noxale, in fine. ff. de noxal. actio. & l. traditionibus. C. de pactis, l. voluntate, C. quibus mod. pign. vel hypoth. solu. l. stipulatus, ff. de vsuris.*

Existimabat igitur Goncalus Valaseus, oporte- 30
re, nominantem palam confiteri, se cedere, & transferre in fauorem nominati omne ius, quod habet, emphyteuticum, quo possit, ab eo facta nominatio irreuocabilis, & firma censeri. Quæ sententia, vtique vera esse comprobatur, ex verbis dictæ l. Regiæ *§. primo*, ibi. *Trespassando em sua vida, &c.* quæ sunt concepta per gerundium, quod conditionem importat, & consequenter formam inducit, vt obseruauit Bartol per tex. ibi *in l. si ita ex parte. in fi. ff. de acquir. hered.* vbi Alexand. & alii plura congerunt, *Corneus, consil. 90. colu. 3. in principio, versicul. quia gerundium, & consil. 143. col. 3. versic. illud enim. volum. 4.* & fuit sententia Baldi *in l. falsus, column. 2. C. de furt.* tradit Rebuffus, *primo tomo. legum Franc. Rubrica, de sententiis gloss. 6. in principio, pagin. 268. & 323. numer. 2.* tradit Parisius, *lib 2. consi. 19. numer. 4. cum sequent.* addens, quod gerundium seu verba prolata per gerundium, important, dantque modum, & formam rei, declarant actum, & illum informant, vt explicat Corneus, *consil. 172 column. 3. in fin. lib. 3.* Quamobrem hæc Ordinatio Regia, in illis verbis, *Trespassando todo o direito, &c.* modum, & formam constituit, secundum quam nominatio irreuocabilis fieri debet, non obstante concessione dominica, variandi potestatem concedente. Omnis enim conditionalis oratio formam inducit, & actũ aliter celebratum vitiat. *Felinus in cap. cum dilecta, de rescript. in 2. Parisius, libro 1. consil. 95. numero 21. tradit Cotta, in memorabil. verbor. conatio, & verbo. lex notatur in l. siquidem, Cod. de præd. minor. Paulus in l. si curatorem habens. C. de in integr. restitut. minor. Alexand. consil. 137. col. 4. lib. 2. habetur in l. certa forma, & in l. prohibitum, C. de iure fisci, lib. 10.* trãdit Iason hoc vsus argumento, quando verba sunt a lege prolata per ablatiuum absolutum, quod similiter inducit conditionem, & formam, *in l. si is qui pro emtore, ff. de vsucapio. numer. 60. cum seq. concordat Baptista in praxi §. 11 cap. 1. pag. 201. Rolandus consil. 82. numer. 4. cum seq.* habetur in lege a testatore, *ff. de cond. & demonstra. & in l. ff. solut. matrimon.* tradit etiam Parisius *libro. 4. consi. 94. numer. 6.* iuxta quorum doctrinam, & traditionem, nisi nominationi addãtur, illa verba, *Traspassan todo sen dereito &c.* a lege Regia descripta, conditionaliter apposita, & sub forma necessario obseruanda, reuocabilis, aut firma nominatio censenda non est, quoniam forma a lege

que in nominatum transfert ius illius,& potestatem reuocandi, & iterum nominandi retinet, *per suprascripta.* Quamuis supremum Senatum Lusitaniæ aliquando contrarium censuisse doceat eiusdem ordinis Gamma, *q.116.in prin.* quod & ipse probare videtur.

32 Sed † an oporteat, nominationi emphyteuticæ illa verba,expresse adiicere, *Dizendo,que traspassaua, como polo presente traspasso nelle dito N. todo o dereito, que no dito prazo tinha,* Quæstio est non vulgaris? Videtur enim prædicta verba necessario nominationi fore adiicienda, quia pro forma a legislatore censentur descripta, & per gerundium prolata, *vt supra aduertimus*, quare in forma specifica debent apponi, non per æquipollens, *iuxta not. in l. qui heredi, & in l. Mæuius, ff. de conditio. & demonstration.* Quocirca opinantur pragmatici nostri,quod nisi illa verba legis Regiæ, formaliter in nominatione descripta reperiantur, & a nominante pronuntiata, formæ a lege Regia traditæ nullatenus satisfactum est. Cuius etiam opinionis fuisse Goncalum Valascum olim Conimbricæ Primarium referunt, dum legeret, *l. vnum ex familia.* Ego tamen contrarium censeo verius esse. Etenim legislatoris sensus, & intentio non fuit, formam verborum præscribere, per quam,& nõ aliter nominatio irreuocabiliter fieri posset. Solum n. sanxit, oportere emphyteutã nominãtem omne ius emphyteuticũ, quod habet, cedere, & transferre, in nominatũ,vt irreuocabilis ab eo facta nominatio cẽseri valeat, idque tantum pro forma requiri, libenter admittimus. Nam aliter nisi emphyteuta totum ius emphyteuticum transferat, vt hic legislator voluit, variandi potestatem retinet. Ceterum quo nã modo, seu per quæ verba, nominans intelligatur totum ius cessisse, & in nominatum transtulisse, lex Regia. non docet. Secundum igitur iuris cõmunis regulas ea res censenda erit. Id enim tantum lex Regia statuit, oportere, quod emphyteuta omne ius emphyteuticũ cedat,quocunq; modo illud fiat. Quocirca quoties emphyteuta quispiã nominauit,& per dictionem *tantum*, vel aliam taxatiuã fructus reseruauit,variare amplius non poterit:ex eo enim quod taxatiue sibi fructus reseruauit, cetera iura emphyteutica sine dubio transtulisse videtur, & a se abdicasse ex regula *l.cum prætor, ff. de iudiciis, & in l.maritus, C.de procurator.* Quamobrem simulac emphyteuta,ex iuribus emphyteuticis vnum tantũ reseruauit,scilic. vsum fructum rei,quoad viueret (quod est vnum de iuribus emphyteuticis, ab vtili dominio procedens) vtique cetera omnia iura nominato concedere visus est: quoniam vnius iuris reseruatio, seu retentio taxatiue facta, est ceterorum iurium remissio, & relaxatio, *vt tradit Parisius, libr.1. consil.8.nume. 8. & consil.9.n.11. Alciatus in l.quod sedem,n.46. de officio.ordinarii, Iason,consilio.45. a numero 5.lib.1. Bossius titul. de Regalib. n. 23.* Decius qui ita arguit *consil 297. post numer.3.* cuius ad hoc meminit Rubeus, *consil. 50. numer.2. Bertrandus lib.3. consil. 276. Aymon consil.214. numer.13.* quo loco, *nu.11.* notabiliter addit hanc fructuum reseruationẽ, maximum præstare argumentum,quod inter viuos nõ mortis caussa,emphyteuta voluit nominare,& si verum sit, fructuum reseruationem, non mutare naturam donationis caussa mortis, *vt tradit Parisius lib. 2. consi 16.n.11.cum seq.*

33 Ex † quibus infertur vtiliter ad casum, quo emphyteuta promisit nominationem non reuocare:in qua specie iam supra *q.2.* aduertimus,cessare reuocationem. Quod prædicta ratione confirmatur,quoniam hoc casu videtur nominans a se variandi potestatem abdicasse, quamuis non adiecta reperiantur verba illa legis Regiæ, *Traspassando todo o direito, que tinha.&c.* Vbi tamen diximus, id solum obseruandum, vbi est eligendus incertus de incertis, non sic, quando de certis, propter eorum præiudicium, qui supererunt tempore mortis emphyteutæ. Quæ sane traditio intelligenda est,nisi is nominatus irreuocabiliter.etiam superuiuat, nec ante nominãtem decedat, quoniam hoc casu reuocari in eius fauorem nominatio non potest, *iuxta ea, quæ supra diximus,n.28.*

34 Hinc † etiam infertur,ad nominationem iureiurando confirmatam, quam similiter supra resoluimus,reuocari nõ posse: quod a prædicta ratione procedit:quia satis est, constare, quod emphyteuta a se variandi potestatem abdicauerit. Infertur ẽt, quod nec geminata nominatio reuocabitur, *vt supra diximus,cap.2.* Quæ intelligenda sunt,nisi nominãti, ab ipso nominando, vel ab ipso notario, qui nominationis instrumentum erat confecturus, vel a quolibet alio persuasum sit, in ea forma,cum iuris translatione, & cessione,salua reuocandi, & variandi facultate, quam nihilominus retinebat, oportebat fieri nominationem: In qua specie,quæ frequens est. in praxi aliquando respondimus, concedendam esse reuocandi potestatem, non obstante quacunq; verborum conceptione, & iuris in fauorem nominati,facta cessione. Siquidem constat eam potestatem, nominantem dimittere noluisse, deceptumque fuisse, vt notabiliter probat Corneus,*consil.126. lit. M. cum seq. lib. 1.* vbi in donatione caussa mortis loquitur, ab infirmo facta, cum clausula de non reuocando, & iuramento adiecto: nihilominus propterea,quod illi fuit dictum, quod non impediebatur reuocatio, posse variare respondit.

35 Subdit † vlterius legislator *in dict.§.1. Quer per titulo de dote, &c.* quibus verbis sanxit, nominationem factã ab eo, qui nominandi potestatem habet, per relationem ad tempus mortis reuocari libere posse. Vrgere tamen videtur, si consideres dotis titulum,& caussam irreuocabilem esse, quia caussam habet onerosam, *vt tradit Fernan. Arias in l.15. Tauri,n.6.cum seq. Tellius,in l.17.eod.n.76.* quo argumento videbatur sane resoluẽdum,dotis caussa emphyteusin datam,amplius reuocari non posse. Cuius tamen contrarium lex Regia hic probat, quia dotis datio nominationis vicem obtinet. *l. vnum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legat.2.* Quamobrem tacitam habet caussa dotis datio relationem ad tẽpus mortis, quia subrogatum sapit naturam eius, in cuius locum subrogatur, *l.si eum, §. qui iniuriarum, & ibi Bart.& alii. ff. si quis cautio.late scribentes in §.fuerat, Inst.de actio.& in cap.cum tu,de vsuris.* Quapropter quemadmodum simplex nominatio, facta, reuocabilis est, ita & dotis datio reuocari vsq; ad mortẽ põt, quod in donatione caussa mortis esse obseruandum tradit Paulus Parisius *libro 2. consi.16.* Verum si ex caussa dotis emphyteuta totum ius cedat emphyteuticum, & in fauorem sponsi transferat ad instar nominãtis, & vniuersũ ius trãsferentis, amplius reuocare non potest, vt hic palam sanci-

ſancitum eſt. Aliter & ſi ad traditionem rei emphyteuta procedat, impediri reuocatio non poterit: quoniam, vt iam diximus, rei traditio, quæ ad exſecutionem præcedentis tituli pertinet, illius obſeruat naturam, & conſequenter tacitam habet ad tẽpus mortis relationem, & ſic reuocabilem naturã, vt in donatione cauſſa mortis obſeruandum probat Iureconſultus, *in l. non omnis, ff. ſi cert. pet. Bart. in l. legatum, ff. de leg. 2. n. 3.*

38 Vnde † ſi cum titulo dotis concurrat vſusfructus reſeruatio, per dictionem taxatiuam, *tantum, duntaxat*, aut ſimilem, ſine vllo ſcrupulo reſoluendum eſt, ceſſare reuocationem, quoniam in hac ſpecie conſtat, dotem conſtituentem cetera iura emphyteutica ceſſiſſe, *vt diximus*, obſeruandum in nominatione, quæ irreuocabilis ſit, quoties emphyteuta, vniuerſum ius emphyteuticum ceſſit, aut aliter conſtat, ius, & poteſtatem variandi a ſe abdicaſſe, vt contingit, quando promiſit, non reuocare: ſatis eſt enim ad impediendam reuocationem, rem animo, perpetuo dandi, & penes accipientem permanendi eſſe traditam, *l. ſed niſi, 9. ff. de iure dotium.*

37 Limitatur † etiam lex iſta, niſi emphyteuta, ius emphyteuticum cedat, & transferat, ex aliqua cauſſa oneroſa vltro, citroque obligatoria, qualis eſt emtionis, & venditionis, ſeu permutationis, ex qua cauſſa ceſſat, & tacita nominatio, quæ in eo eſt irreuocabilis, ne quo modo bona fides contractus claudicet: quod lex Regia innuit, hic in princ. ibi, *que per titulo de dote, quer per qual outro, &c.* Adde ſimilem ex Afflicto, *q. 244. Panormit. in cap. 2. de ſirtis, n. 1. & ibi additio. Felin. in cap. ſedes. de reſcript. n. 6.* idq; efficacius probat legislator ibi. *Poucra diſpoer da dita couſa, como diremos no titulo ſeguinte*, quo io loco comparat nominationem, cum totius ceſſione, cõtractui emtionis, *de quo infra tit. ſeq.*

38 Limitatur † etiam Ordinatio noſtra, ſi is, qui totum ius emphyteuticum ceſſit, nominatim ſibi reſeruet, poteſtatem de eadem re emphyteutica diſponendi pro arbitrio, & voluntate ſua, vt explicat Pariſius *lib. 3. conſil. 33. a numer. 57.* quo in loco defendit hanc reſeruationem diſponendi, dum vixerit, ad diſpoſitionem inter viuos tantum eſſe referendam, non ad teſtamentariam: Quod etiam contemnendum non eſt.

39 Vltimo † pro reſolutione huius principii aduerto, hanc legem Regiam reſtringendã fore ad caſum duntaxat, in quo loquitur, hoc eſt, ad conceſſionem factam ad tempus mortis, ſeu cum emphyteuta moritur. Cui quidem hypotheſi, conueniunt optime, quæ de reuocanda nominatione ſcripſimus, non ſic, quando ſimpliciter alicui fuit nominandi conceſſa poteſtas, *vt infra in §. 1. hoc titu.* in qua ſpecie, cũ ſemel nominãs ſit quaſi ſuo officio functus, amplius nominare non poteſt, *vt in d. §. 1. differemus.* Vnde ſi contingat, alicui concedi poteſtatem nominandi in vita, vel cum morietur, vt paſſim emphyteuſis concedi, in his regnis conſueuit, *Para vos Titio, & voſſa molher, & hum filho, ou filha que o derradeyro de vos nomear em ſua vida, ou a hora de ſua morte*, vel ſic. *Pera vos Titio, em primeyra vida, & que poſſaes nomear a ſegunda em voſſa vida, ou a hora de voſſa morte, & que eſta ſegunda poro meſmo modo poſſa nomear a terceyra*, ex parte pragmatici, & diu in foro verſati, non inficiabuntur, omnes fere emphyteuticas conceſſiones ad hanc vulgarem formulam hiſce temporibus apud nos. plerumque reduci, iiſdemque adaptari huius Ordinationis Regiæ diſpoſitionem, quod & Doctores eruditiſſimi paſſim admittunt. Ego vero contrarium opinor, ingenueq; agnoſco, in huiuſmodi conceſſionibus, directum dominum, non ſimpliciter ius & poteſtatem nominandi, *cum emphyteuta morietur*, ſed magis alternatiue, quando ille voluerit viuus nominare. Vt plane oſtendunt illa verba, *em voſſa vida, ou a hora de voſſa morte.* Ex qua verborum conceſſione, duplex reſultat nominãdi poteſtas, altera, in vita, altera in morte: alternatiue tamen, vt ſic poſſit emphyteuta, ea vti, quæ ſibi magis placuerit. & iuxta eam formam nominare. Quamobrem ſi contingat, emphyteutam eligere viam ſeu poteſtatem nominandi in vita, quod facere recte poteſt, cum ſit in vita, aut in morte nominandi facultas conceſſa, vtique ſemel factam nominationem reuocare nõ poterit, ex regula tex. *in §. 1. infra hoc tit. & in l. apud Aufidium, ff. de optione legata*, tradunt ſcribentes, *in l. ſeruo electio ne, in princip. ff. de legat. 1.* Sibi enim debet imputare emphyteuta variandi ſtudioſus, qui viam elegit, per quam ſemel tantum, & non pluries, poteſt nominare. Etenim ſimulac inter viuos nominauit, videtur ſine dubio alteram partem alternatiuæ, & ſic facultatem nominandi, cum moreretur, neglexiſſe, ex regula *l. cum prætor, ff. de iudiciis, & l. maritus, C. de procurator.* Quapropter naturæ alternatiuæ, quam elegit, adhærere debet, & poteſtate reuocandi ſemel factã nominationem carebit, perinde ac ſi ſibi nominandi poteſtas, ſimpliciter fuiſſet conceſſa, vt *in §. 1. infra hoc tit.* ſancitum eſt.

Id † enim ordinarii iuris eſt, habẽtem duo remedia, electo vno, alterum cõquieſcere, vt notatur *in l. fin. C. de codicill. vbi Doctores, & Boerius, q. 33. num. 15. Maſſa, in tractat. de obligat. in firma Camera, pagin. 80. Cotta in memorabilibus, verbo. ſtatuto. verſicul. tertio quæro. tradit Boerius in l. conſentaneum, C. quomodo & quando iudex, numer. 83. Mynſinger. in. lib. deciſio. Cam. Imperial. centur. 3. q. 23.* Ex quorum traditione deducitur, verum eſſe, quod aſſerimus, emphyteutam, cui eſt alternatiue conceſſa poteſtas nominandi, in vita, aut cum morietur, ſecundã vel tertiã perſonam, ſimulac in vita nominauit, amittere ius & facultatem alternatiuæ, & conſequẽter nominandi poteſtatem, cũ morietur, & perinde cenſendum eſſe, ac ſi ſimpliciter tantum, aut in vita, illi nominandi poteſtas fuiſſet conceſſa: in qua ſpecie ſemel tantum, & non pluries nominare fas eſt, *vt in §. 1. infra eod.* Quod nos ita aliquando, in cauſſa maximi momenti reſpondimus, non ſine magna noſtrorum pragmaticorum, & Curialium noſtrorum admiratione, qui hanc nouam eſſe animaduerſionem ingenue fatebantur, & ſummopere obſeruandum. Inducebam etiam in hanc rem textum elegantem *in l. poſt diem 7. ibi. Neq; variare ff. de lege commiſſor.* & quod in eius ornatum tradit Tiraquell. *libr. 1. retract. §. 1. gloſſ. 10 numer. 20. & 22.* & *lib. 2. §. 4. gloſſ. 10. nu. 2. & Boerius, q. 309. nu. 5. Gigas de penſio. q. 73. item Tiraq. in l. boues, §. hoc ſermone, limit. 1. numer. 14. ff. de verbo. ſignif.* 40

41 Etſi † non ignorem quoſdam, ne a vulgo probata ſententia recedant, reſpondiſſe, primam illam alternatiuæ partem *em ſua vida*, in fauorẽ emphyteutæ adiectã eſſe, vt nõ modo, cum moreretur, nominare

nare posset, sed etiam & in vita, ne quis dubitare valeat, cum etiam in vita nominare posse. Qua ratione etiam ad hunc effectum, censent, in fanorem emphyteutæ ad omnem difficultatem submouendam, illam clausulam fuisse adiectam, ac proinde absurdum esse, existimare, illum semel factam in vita nominationem reuocare non posse, contra *l. quod fauore, ff. de legib. & l. legata inutiliter, ff. de adim. legat.* Quam sane interpretationem ego nunquam probare potui, dum considero ordine turbato viros illos, priorem partem alternatiuæ, ad augmentum posterioris additam fuisse, intelligere, cum contrarium verius sit, secundam partem alternatiuæ, in fauorem & augmentum primæ adiectã censeri: quare numerus primus, seu prima pars alternatiuæ, ad augmentum secundæ adiecta dici nequit, quia hæc adhuc non est in rerum natura. Quare perperam asserunt illi, exstante prima concessionis suprascriptæ forma, primam partem, augere & declarare secundam, vt sit sensus, emphyteutam posse non modo, cum morietur, verum etiam & in vita nominare cum potestate reuocandi: Quod sane iuris ratio non admittit, neque rectus sermo patitur: Imo cõtrarium verius est, vt non modo emphyteuta, in vita semel, & irreuocabiliter nominare possit, sed etiam reuocabiliter per actum & viam vltimæ voluntatis, iuxta quam interpretationem illa pars secunda alternatiuæ, *ou a hora de sua morte*, fuit adiecta, ad augmentum, & ampliationem prioris, *em sua vida*, vt non minus in morte, quam in vita emphyteutæ, ad emphyteusin sub ea forma concessam nominare liceat. Quæ fuit necessaria ampliatio ad submouendam difficultatem a Parisio tractatam, *libr 3. consil. 33. a nu. 57.* negante habentem facultatem disponendi in vita, posse testamento disponere.

42 Denique † abs re dictum esse videtur, priorem illam partem alternatiuæ, per quam fuit concessa potestas nominandi in vita, fuisse inductam ad ampliationem secundæ, in qua fuit concessa facultas, eligendi in morte: quoniam, vt iam supra aduertimus *cap. 3. num 14.* qui habet potestatem nominandi cum morietur, potest viuus nominare, vt habetur *in l. cum pater, §. a filia. ff. de legat. 2.* Ex quibus prædicta solutio, & interpretatio omnino reiicienda est, quamuis non careat, grauissimis viris huius factionis auctoribus?

ARGVMENTVM.

Variare nequit, cui simpliciter est concessa nominandi facultas, nulla facta mortis mentione. Et Emphyteuta, quando possit nominationem seu electionem a se factam reuocare?

SVMMARIA.

1 *Variare nequit, cui simpliciter est concessa potestas nominandi seu eligendi, nulla facta mortis mẽtione.*
2 *Variatio cessat, vbi iam est nominato ius quæsitum, per solam nominationem.*
3 *Potestas nominandi concessa in contractibus potest reuocari.*
4 *Vltima voluntas nequit esse in pendenti.*
5 *Nominationis reuocatio cessat, vbi per nominationem ius acquiritur nominato.*
Emphyteuta nominãs suũ declarat, ideo non variat.
Nominatio sola sine traditione præstat vtile dominiũ.
6 *Nominans quando sibi reseruauit potestatem iterum nominandi, aut de re disponendi, variare potest.*
7 *Potestas reuocandi debet reseruari in ipsa nominatione.*
Nominatus repetit expensas factas ab emphyteuta.
8 *Nominatio si est nulla, impedimento esse non potest quominus alia fiat.*
Actus nullus non est actus.
9 *Interpretata Ordinatio, lib. 1. tit. 12. §. 5.*
Iurisdictiones sunt distinctæ, Ecclesiastica & secularis.
10 *Iudex secularis si velit cognoscere, de re seu caussa ad iudicem ecclesiasticum pertinente inhiberi potest, & per censuras ecclesiasticas compelli, ne de caussa cognoscat.*
11 *Acceptatio nulla non nocet exspectanti.*
Alienatio nulla non præstat actionem commissi.
Electio nulla non impedit aliam posse fieri.
12 *Paria sunt non eligere vel nulliter eligere.*
Paria sunt non præsentare, vel nulliter præsentare.
13 *Primo actu etiam nullo consumitur potestas data ab homine.*
Delegati potestas exspirat per sententiam nullam.
24 *Beneficium perditur etiam per matrimonium nullum.*
Indignum eligens etiamsi nihil agat, amplius nominare non potest.
15 *Nominatio quando est ipso iure nulla reuocari potest per aliam, non quando mero iure valet, licet ope exceptionis vel alia eludi possit.*
Sententia quando est ipso iure nulla, iudex qui eam tulit poterit iudicare.
16 *Nominatio etiam nulla reuocat primam reuocabilem.*

CAPVT V.

DEsiderat † iam susceptæ ab initio materiæ institutum, vt ad §. 2. explicationem progrediamur. Subdit igitur Lusitanus legislator. 1 *E se no contracto do foro principalmente feito entre o foreiro, & o senhorio, lhe for dado poder que possa nomear, ao dito foro hũa pessoa nano fazendo mencano no dito contracto de morte, em tal caso despois que elle huna vez nomear alguna pessoa, nano podera mais renogar essa nomeacano, nem fazer outra segunda, perque a primeyra seia renogada, & ainda que a fica, nano valera, porque por a primeyra nomeacano postoque o nomeado, não seia sabedor da dita nomeacano he acquirido tanto direito ao nomeado, que lhe nano pode ja ser renogado*, id est, *sin autem in contractu emphyteutico præsertim, inter dominum & emphyteutam celebrato, potestas tribuatur, nominandi ad emphyteusin vnam personam, remota mortis mentione: tunc si semel elegerit vel nominauerit, prædictam nominationem minime reuocare poterit, neque alteram posteriorem facere, qua prior reuocetur: & quamuis faciat nullius erit momenti, quoniam ex prima nominatione (quamuis nominatus ignorauerit prædictam nominationem) tantum iuris nominato acquisitum est, vt amplius ei adimi non possit.* Hactenus Lusitanus legislator, qui palam voluit restringere dispositionem superius initio tituli propositam, vt solum procedat, & locum habeat, vbi emphyteutæ fuit a domino directo concessa nominandi potestas, *cum moreretur*, quo casu ille text. loquitur, vt ibidem aduertimus, ex singulari illa ratione, quod omnis actus babens relationem ad

tempus mortis, eo vsque reuocari potest: Non si quando emphyteutæ simpliciter, nulla prorsus mortis facta mentione, nominandi potestas tributa fuit, quoniam hoc casu quemadmodum prædicta ad tempus mortis relatio cessat, & variatio seu variandi potestas indulta eessare debet. Eam autem tunc demum ipse dominus cõcedere visus est, quãdo per relationem ad tempus mortis, nominandi facultatem elargitus est, & hoc innuit legislator, ibi dum subdit, *Não fazendo mencão no dito contracto de morte, mão podera mais renogar, &c.* id est, *non facta in contractu mortis mentione, reuocandi sublata omnino facultas est.* Quæ resolutio iuris præceptis consentanea est, vt est videre per Bartolum, *in l. vnum ex familia, in fin. princ ff. de leg. 2.* vbi postquam, *numer. 1.* obseruauit, ex eo text. habentem potestatem eligendi vnum de familia, eui restituere fideicommissum debeat, cum morietur, posse semel factam electionem reuocare. Opponit de l. *statuliberum, §. Stychum, ff. de legat. 2.* Vbi heredis electioni testator cõmisit, vtrum vellat mihi Stychum, aut Pamphilum dare: & semel factam electionem non posse heredem variare Pomponius scripsit, in hæc verba, *Cum autem semel dixerit heres, vtrum dare velit, mutare sententiam non poterit.* Opponit etiam de *l. huiusmodi 84. §. Stychum, ff. de legat. 1.* Vbi similiter Iulianus casum posuit, in quo heredi fuit commissum, vtrum, volet, daret: & respondet. *Cum autem semel dixerit heres, vtrum dare velit, mutare sententiam non poterit:* ex quorum Iureconsult. responsis plane colligitur, habentem potestatem eligendi, semel tãtum eligere posse, neque amplius mutandi voluntatem, facultatem habere. Cui difficultati respondens Battolus (quod ad rem spectat) inquit, ideo Pomponium, & Iulianum in dictis iuribus respondisse, neutiquam posse heredem variare, quia simpliciter, non per relationem ad tempus mortis, illi fuisse concessam eligendi potestatem constat. Et hæc est ab scribentibus vtrobique recepta sententia, & *in l. seruus electione 5. in princ. ff. de legat. 1.* Vbi etiam concordans Paulus ait, serui electione legata, semel dumtaxat optare possumus, *& ibi late per Doctores.* Functus est enim officio suo, is, qui eligere debet, cum semel elegit, *vt tradit Baptista, in l. diem functo, ff de offic. assessoris, numer. 8. & 9.* Quod in huiusmodi electionibus, seu nominationibus, necessariis admittendum est, *ex Bartolo, Paulo, & Panorm.* quorum meminit Fortunius, *in l. 1. ff. de pactis, n. 43.* Fouetque vulgaris illa regula, quod semel placuit, *de regul. iur. in 6. & in l. nemo mutare, ff. eod. titul.* per quam passim interpretes nostri negant potestatem variandi, maxime in præiudicium tertii, *vt traditur in cap. publicato, de electio. Panorm. in cap. cum sicut, de iure patron. & in cap. cum Bertoldus de re iudi. Doctores in l. seruus electione, ff. de legat. 1. & in d. l. huiusmodi, §. Stychum, eod. tit. rursus, & in l. apud Aufidium, ff. de optio. leg. tradit Quintilianus Mandosius in regula Cancell. 32. q. 18. numer. 13.* infetens proinde *num. 14.* habentem potestatem declarandi, semel tantum posse declarare, *glossa verbo secundum, & ibi Bartol. & alii, in l. quicquid adstringenda, ff. de verbo. oblig.* Quare, vt eo loco Mandosius probat, qui semel potest nominare, factã nominationem reuocare nõ potest, *vt voluit Rota, nona, 22. & 35.* cuius etiam meminit Tiraq. *in l. bonis, §. hoc sermone, Fallen. 23. n. 4. Felinus in capit. ex parte decani, nume. 15. versic. item dicas, de Episcopis, extra, de rescript. latius Loazes in §. Diui. l. filiusfamilias, ff. de legat. 1. nu. 37.* Quod etiam Tiraq. *in l. bonis. § hoc sermone, ff de verbo. sign. limit. 9. n 9.* tradit obseruandum in electione, quæ ab homine concessa semel facta reuocari non potest, *vt habetur in cap. si compromissarius, de electio in 6.*

Ex † quibus proculdubio verissima redditur hu- 1
ius legis Regiæ differentia, constituta inter nominandi potestatem simpliciter emphyteutæ concessam, nulla prorsus mortis facta mentione, & cõcessam facta relatione ad tempus mortis, quoniam, vt prædiximus per hanc facta nominatio reuocari potest, quasi id dominus cõcesserit, per illam vero minime, quasi negauerit & voluerit, quod semel tantũ, & non pluries posset nominare. Quæ sane ratio differentiæ reiicienda neutiquam foret, nisi lex nostra Regia aliam longe dissimilem addidisset, ibi *Porque por a primeyra nomeacano he acquirido tanto direito ao nomeado que lhe não pode ja ser renegado.* Quibus quidem verbis non videtur lex Regia eam differentiæ rationem confirmasse, a nobis suprascriptam, quod in casu huius §. 2. visus est dominus directus variandi facultatem negare, sed ex eo id obtinuisse, quia per eam nominationem est nominato ius emphyteoticum irreuocabiliter acquisitum. Quæ est ratio, propter quam Bartolus, & alii Doctores communiter, *in d. l. seruus electione, & in d. l. vnum ex familia,* probat, *in d. l. huiusmodi, § Stychum, & in d. l. statuliberum, §. Stychum ff de leg 2.* negari variationem semel factæ electionis, quæ reuocari non potest, quia ipso iure est legatario ius acquisitum, quasi a principio pure & simpliciter legatum illi fuisset relictum. Et hæc est ad illa iura necessaria decidendi ratio, a Iureconsulto tradita, *in d l. apud Aufidium, 20. ff. de optio. lega.* ibi. *Quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumsit quin etiam res continuo eius fit, simulac dixerit eam se sumere.* Cui quidem decidendi rationi adhærere Lusitanus legislator *in hoc §. 2.* voluisse videtur, quatenus negat, emphyteutæ variandi potestatem, quia semel facta nominatio ius præstat nominato, irreuocabile. Quod etiam obseruauit Bartolus per text. ibi *in l. si is cui, 19. ff. de legat. 2.* resoluens minime nocere, quod eligens ignorauerit, sibi concessam fuisse electionem: quoniam per electionem facta est executio per dominii translationem, quare negari debet variatio, *Socinus, d. l. seruus electione, col. 3 ff. de legat. 1. Bartol. in l. insulam, q. 4 ff. de verbo. obligat Gomezius in epitome contract. cap. 11. ante numer 44. tradit Peralta in l. 2. ff. de legat. 2. nu. 1. Tiraquel. in l. bones, §. hoc sermone, ff de verbor. sign. Fallen. 23. Menesius, d. l. vnum ex familia, §. sed si fundum. ff. de legat. 2. nu. 15. Tellius Fernand. l. 35. Tauri, n. e.*

Verum † hæc ratio, quæ communis est, & neces- 2
sario obseruanda, *vt superius aduertimus,* si recte cõsideres, nostræ legis Regiæ dispositioni adaptari non potest, quæ loquitur in potestate nominandi cõcessa in cõtractu emphyteutico, quæ reuocari sine dubio potest, quamuis nequeat concessa in vltima voluntate, quo casu tantum loquuntur iura a nobis supra adiecta, non in concessione per viam cõtractus, qualis est ista, quam tractamus, omnino restringẽda *per l. cum qui certarum, §. fin. ff. de verb. oblig* Vbi hoc ita Bartol, & Doctores probant, communiter Ripa *in d. l. seruus electione, n. 15. ff de legat 1. Tiraq. d. l. bonis, §. hoc sermone, limit. 15. ff. de verbo. signif n. 9.* & etiam communis

inuibus

communis scribentium resolutio, *teste Molina lib. 2. de primog. Hispan. cap. 4. nu. 35.* resoluente hanc differentiam obseruandam inter potestatem cõcessam in testamento, & contractu. Nam quamuis p illam facta nominatio, reuocari non possit, ex ratione suprascripta, quia facta est executio, & ipso iure quæsitum dominium, *vt modo diximus, & tradit ibidem Molina, numer. 22. cum seq.* Per hanc nihilominus facta nominatio reuocabitur; quia ex contractu, nõ solet ipso iure fieri executio, & dominium trãsferri, *secundum ea, quæ notantur, in l. traditionibus, C. de pactis.* Quocirca in contractibus illa cessat ratio, propter quam in vltimis voluntatibus variatio negatur, *vt aduertit gloss. fin. in l. statuliberum. §. ff. de legat. 2.* communiter recepta secundum Vincentium de Herculan. *in d. l. serui electione, col. 3. in fin. ff. de legat. 1. & ibi Bartol. nu. 2. Iason. 11. & Ripa, 15. & Alciat. 2. gloss. 1. Grego. Lupi in l. 25. tit. 9. Part. 6.* quamuis a ratione glossæ, Paulus, Baldus, & Imola ibidem recedant. Verum tamen est, quod vbi sola electio, non præstat dominii executionem, quemadmodũ contingit in electione competenti per viam contractus, quamuis illa testamento fiat, quia a primo concedente electus capit, non ab ipso nominante, *vt diximus per d. l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* in confesso est, negari non posse, variationem, quia cessat ratio Iureconsulti, *in d. l. apud Aufidium, ff. de optio. lega.* vt præfati interpretes docent, & Bartolus receptus, *in l. nu. 12 ff. de legat. 1.* firmans proinde negari non posse variandi potestatem, quando testator concessit eligendi facultatem rerum alienarum; quo casu, quia facta electione rei, rei electæ dominium non acquiritur (inquit) concedi variatio debet, *tradit post alios Ias. num. 14. d. l. serui electione, & ibi Alciat. n. 2. Ias. etia in l. huiusmodi. §. Stychum ff. de leg. 1. n. 2.* quamuis aliter loquatur Alexand. *in l. si quis stipulatus, nu 7. ff. de verb. ob.* & Costa præceptor meus, *lib. selectarum, 2. cap. fin. n. 7.*

4 Quæ † profectũ differentia inter potestatem nominandi concessam in vltima voluntate, & contractu, eo mihi magis placet, quia ex nostris auctoribus nonnulli intelligunt id o cessare variacionẽ, quando testator concessit eligendi potestatem: quia vltima voluntas non potest esse in pendenti, vt cum cõmuni resoluit Peralta *d. l. statuliberum, §. Stychum, n. 5. ff. de legat. 2 pag. 155. gloss. in l. 25. titu. 9. part. 6. in princ.* Quæ similiter ratio in contractibus desuit, *vt in eodem loco Gregor. Lupus aduertit.* Quamobrem legis nostræ dispositio, *in hoc §. 2* quatenus emphyteutæ negat variandi potestatem, & semel factam nominationem reuocandi, eximio olim Iureconsulto Goncalo Valasco Pinto, rudis, indocta, & omnino iuris nostri præceptis repugnans visa est, dum *legem vnam ex familia*, interpretaretur in Conimbricensi gymnasio.

5 Ego † autem (parcant mihi piissimi manes illius excellentissimi viri) contrarium censeo, intelligoq; hanc legem Regiam *in hoc §. 2* Iureconsultorũ traditionem obseruasse, & secundum eorum doctrinã respondisse, emphyteutam, semel factam nominationem reuocare non posse: quia per eam nominationẽ ius emphyteuticum irreuocabile nominato acquiritur: quo casu dicitur tam executio facta, nõ minus quam per electionem, seu nominationem, ex testamento consitutam. Quamobrẽ nulla prorsus potest differentia, inter contractus, & vltimas voluntates constitui, *vt tradit Iason in d. l. serui electione, ff. de legat. 1. n. 14. & ibi Ripa, n. 15. Tiraq. in l. si vnquam, C. de reuoc. donation. verbo, reuertatur, numer. 153. Ripa etiam in rub. ff. de re iud. numer. 19. Molina num. ... Reuf. §. 10. numer. 10.* Et hoc est profecto quod nostra lex Regia, in §. 2. subdit. *Porque por a primeyra nomeação he tanto dereito acquerido ao nomeado, que lhe não pode ser tirado.* Quæ quidem verba, & si prolata sint, per viam rationis, non dispositionis, palam nos docent, id speciale habere has emphyteuticas nominationes, vt ipso iure, & si ad traditionem processum non sit, plenum ius emphyteuticũ acquiratur, quod in vtili dominio consistit. Quapropter nulla iuris ratio admittit, posse has emphyteuticas nominationes, ab electionibus testamentariis segregari, quæ magis coniungendæ sunt, ac copulandæ: siquidem in vtrisq; ipso iure sit executio, & transfertur dominium, quæ mihi firma & stabilis videtur decidẽdi ratio. Vt interim missum faciamus quod nonnulli aiunt, in hac specie, emphyteutã nunquam dumtaxat declaratoris ministerium exercere, quare neque variare potest, *vt tradit Peralta in l. vnum ex familia, § sed si fundum, nu. 2 ff de leg. 2 pag. 581.* Qualiter autem defendi queat ex sola nominatione ipso iure acquiri nominato ius emphyteuticum vtileq; dominium, inferius tractabimus *in comment. de acquisi. emphyt.*

Restringi † tñ suprascripta possunt, quando nominans, nihilominus sibi reseruauit, facultatẽ iterũ nominandi, seu de ea re emphyteutica disponendi, 6
quoniã hoc casu magis videtur nominasse per relationem ad tempus mortis, quam inter viuos irreuocabiliter, & propterea variare & alium nominare libere potest, vt resoluit Parisius *lib. 3. consi. 33. nu. 57.* Vbi postquam per multa probauit, donationem, de qua ibi inter viuos, & consequenter irreuocabiliter factam fuisse: subdit, omnia cessare, propter reseruationem factam a donatario, quod possit nihilominus pro arbitrio suo, si vellet, de eadẽ re disponere. Quod & Parisius pbat, *cons. 90. eod. lib. 3.* resoluens huiusmodi donationem inter viuos factam, reseruata variãdi, seu illã reuocandi facultate, resolui in conditionalẽ, nisi reuocetur Et habent Hispani legem optimam *17. Tauri, ad fi.* Vbi postq̃ statuit meliorationem de tertio filio factam, & traditam reuocari non posse, subdit, *sino reseruasse el que lo hizo o nel mismo contracto, el poder para lo reuocar*, & ibi glo. obseruauit rationem esse, quia hæc reseruatio, efficit donationẽ conditionalem, vt obseruauit Speculator *in tit. qui filii sint legitimi, vers. sed nunquid.* & Innocen. *in c. verum, de pro comp.* iuxta quam declarationem hæc lex Regia interpretanda est, ac restringenda, nisi emphyteuta nominans variandi facultatẽ sibi reseruet: quoniam tũc reuocare nominationem pót, tam in vita, quam in testamento, seu qualibet alia vltima volũtate, si modo reseruatio indefinite facta sit. Aliter si limitata reperiatur, ad actũ inter viuos, testamento facta reuocatio impedimento non erit, *ex reg. l. in agris ff. de acq. rerum dom. & l. cum prætor, ff. de iud. cum aliis, quæ tradit Paris. d. lib. 3. cons. 33. n. 57. cum seq.*

Intelligo † etiam huiusmodi reseruationẽ reuocandi, oportere statim in ipsomet instrumento nominationis fieri, non ex interuallo *vt d. l. Tauri. 17.* 7
plane innuit in illis verbis, *enel mesmo contracto.* Aliter enim quemadmodũ semel facta inter viuos do-

natio,neq; modum,neq; conditionem,aut modificationem recipit, niſi accedat donatarii conſenſus, vt habetur *in l. perfecta donatio. Cod. de donatio. quæ ſub mo. locis propoſit. l. 17. Tauri, tradit Gomez. numero 22.* ita neque & multo magis emphyteutica nominatio. per quam ſemel factam, emphyteuta officio ſuo functus eſt,quod ſolum in facto conſiſtit, & declarationem quandam, ſeu nudum miniſterium continet, propter quod a dño directo, non ab ipſo emphyteuta nominatus dicitur emphyteuſin capere, *l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* Verum ſi interim aliquas expenſas, nominatus fecit, in re emphyteutica reparanda, illas repetere iure poteſt, vt explicat glo *d. l. 17. Tauri, verbo. reſeruaſſe.*

8 Reſtringenda † eſt etiam lex Regia & eius diſpoſitio, *in hoc §. 1.* quando nominatio primo loco facta fuit nulliter, quoniam impedimento eſſe nequit, quominus alia ſecunda nominatio valida fieri poſſit, *ita Pelaez lib. 1. Maiorie, q. 48. ante nu. 46.* Non ſolent n. in iure noſtro impedimentũ facere, q̃ de iure nullum ſortiuntur effectum, vt habetur *in reg. non præſtat, de reg. iur. in 6. Felin. in cap. ex tenore, de reſcript.* Quod quidem verum eſſe, & omnino obſeruandum Ordinat. Regia in hoc §. 1. in ſui ratione palam docet, quatenus probat, negandam fore reuocationem nominationis factæ, quia p eam nominatus eſt pleno iure acq̃ſita emphyteuſis, vtileq; dominium. In quo neceſſario p̃ſupponitur, quod loquitur, in eo caſu, & ſpecie, in qua nominatio valide facta fuit: Aliter n. ex nulla & inutili nominatione non poteſt irreuocabile ius emphyteuticum nominato acquiri, iuxta ea, quæ habentur *in l. 4. §. condemnatum, ff. de re iud.* Vbi Vlpianus reſpondet, *Condemnatum accipere debemus, eum, qui rite condemnatus ſit, vt ſententia valeat. Cæterum ſi aliqua ratione ſententia nullius momenti ſit, dicendum eſt, condemnationis verbum non tenere,* & ibi notant Dd. & alibi paſſim, quod actus nullus non eſt actus, & pro non facto habetur, *textus in l. ficus, §. 1. ff. de operis libertor.* & propterea teſtamentum nullum non eſt teſtamentum. *l. 2. §. 1. ff. quemadmodum teſtament. aperi.* & exheredatio nulla non eſt exheredatio, *l. non putauit, §. non quauis, ff. de contra tabul.* ſic etiam compromiſſum nullum, *Decius conſil. 475. col. fin. in princip. Corneus conſil. 140. lit. A. volum. 4.* ſic etiam vnio nulla non eſt vnio, *Calderi. de prabend. conſil. 29. Decius, conſil. 126. col. fin. & in c. ex tenore, num. 20. de reſcript.* Vbi quod collatio nulla non eſt collatio, ſic etiam mandatum nullum non eſt mandatum. *Decius, in c. Nicolao, notab. 2. de appell.* & ſecundum pactum tollit primum, ſi eſt validum, *l. ſi quis ante, ff. de acquir. poſſ.* Et ſententia nulla non eſt ſentẽtia, *Clementin. paſtoralis, de re iud. multa Neuſanis, conſi. 70. in prin.* Quo argumento Iaſ. *in d. §. condemnatum, n. 2 cum ſeq. n. 2.* infert, quod iudex nullam proferens ſententiam, litem ſuam nõ facit, *vt voluit gloſ. notabilis in l. fin. in princip. ff. de variis & extraordinar. cognitio. Angelus, & alii, in l. 1. §. hac autem, ff. quod quiſque iuris. Bartol in quæſt. iudex.* ſic etiam nulliter factum inſtrumentum, caret nomine inſtrumenti, *l. diuer. & ibi Bartol. notat, ff. de teſta. milit.* & propterea non habet exſecutionem paratam, *Baldus in c. conſtitutus, per text. ibi de conſtit. Iaſon, d. §. condemnatum, nu. 4. tradit Rebuffus, 1. tomo legum Franciæ, pag. 67. n. 4. cum ſeq. Anton. de Canario, libr. de exſecutio. inſtrumento. nume. 21. & 31. Perez. in ll. ordinam. col. 1081.*

9 Quorum † argumento, optimo iure cauſſarum fiſcalium Regiæ coronæ præſides, iubent ac decernunt, ne quo modo cenſuræ eccleſiaſticæ ab ordinariis promulgatæ aduerſus perſonas laicas, & iuriſdictioni ſeculari ſubiectas, in foro, vel extra obſeruentur, tanquam a non competente iudice latæ, & nulliter promolgatæ, ſecũdum primam legis Regiæ, *lib. 1. tit. 12. §. 6. & lib. 2. tit. 1. §. 14.* in quo antiquiſſima regni praxis, & obſeruantia iuris præcepta minime violat, imo ſecundum illa procedit. Etenim diſtinctæ omnino ſunt iuriſdictiones, eccleſiaſtica & temporalis, ne quo modo ſe inuicem impediant, *cap. quoniam. 10. diſtinct. & diſt. 18. per totum, & in cap. cum verum. 96. diſtinct. tradunt ſcribentes in cap. nouit. de iudiciis, vbi Panorm. nu. 2. Curtius ſenior conſi. 43. nu. 4. & 15. tradit Perez. in ll. ordina. colu. 128. cum ſequent. colu. 774. Sanſon in conſuit. Turo. fol. 156. titul. des emendes, art. 14.* & fuiſſe hanc diuiſionem iuriſdictionum neceſſariam obſeruauit Victoria. *lib. de poteſt. Eccleſiæ, q. 1. & lib. de matrimon. pagin. 459.* Quapropter ſecundum communes traditiones, altera in alteram nullam poteſtatem habet aut imperium (intelligo circa res, quæ non ſpectant ad forum eccleſiaſticum.) Adeo enim ſunt diſtinctæ & ſegregatæ, quod vtraq; per ſe ipſam ſtat, adeo firma, quod neq; ſecularis dicitur ab Eccleſiaſtica pendere, *vt d. lib. de poteſt. Eccleſ.* reſoluit Victoria *pagin. 67.* Quare Afflictus *in cap. ſimiliter, de controuer. inueſtit. numer. 4.* vtiliter adnotauit, alteram in alteram nullam habere poteſtatem. Nec mirum, quoniam D. Thomas, *2. 2. q. 60. art. fi. ad 5.* firmat vſurpantem eccleſiaſticũ iudicem tẽporalem iuriſdictionem, & econtra peccare mortaliter. Quamobrẽ temporales cauſſas ad ſe aduocare S. Pontifex nequit, aut aliter impedire, ne coram ſuo iudice temporali terminentur. *Ripa in c. cum M. de conſt. nu. 197. Decius in c. nouit, de iudic. ante nu. 8. facit Alex. lib. 5. conſi. 3. nu. 3. cum ſeq. & Cena in reg. peccatum, pag. 240. cum ſeq. de reg. iuris,* a quorum traditione, & ab his, quæ ſcripſit Perez, *in ll. ordin. col. 789.* ortum habuere dictæ leges Regiæ Luſitaniæ *lib. 1. tit. 12. §. 6. & lib. 2. tit. 1. §. 14.* quibus legiſlat. Luſitanus tam ſedulo cauit, ac interdixit, eccleſiaſticis iudicib. ne quo modo de cauſſis laicorũ cognoſcant, aut ſe intromittant. Conueniunt quæ ſcripſit Rebuff. *3. tom. ad ll. Galliæ. pag. 541. num. 18.* defendens prædictorum argumento, & ratione, iure optimo procedere praxim Gallicam, per quam propter abuſum (quem vocat) eccleſiaſticorũ, ad Regem eiuſq; ſupremum Senatum ſit recurſus quod & *in 2. tomo. pag 97. in prin.* ſcriptum reliquit, reſoluens, iudici eccleſiaſtico excedenti terminos ſuæ iuriſdictionis, poſſe ſecularem reſiſtere, non minus, quam ſi extra ſuam iuriſdictionem ius vellet dicere per *l. ſi cum materia, ff. de iuriſd. om. iud.*

10 Quapropter † ſi contingat iudicem ſecularẽ cognoſcere, de re, ſeu cauſſa ad iudicem eccleſiaſticum pertinente, inhiberi recte poteſt, & per cenſuras eccleſiaſticas impediri, ne de cauſſa cognoſcat, vt tradunt ſcribentes, *in c. ſi iudex laicus, de ſenten. excomm. in 6. Guilhel. in arbore iuriſd. §. iuriſdic. numer. 7. Boerius lib. de cuſtod. clauium, numer. 66. ad c. conqueſtus, de foro cõpet.* Et e cõuerſo ſi iudex eccleſiaſticus de re profana, & ad iudicium ſeculare ſpectante cognoſcere non vereatur, poterit a iudice ſeculari ſimiliter inhiberi, *Guilhel. in c. Raynutius, verbo, ſi abſque liberis in 2. de fideicomm. ſubſtit. num. 49.* imo & per bonorum

capio-

captionem, & sequestrationem compelli, vt ab huiusmodi cognitione desistat, *vt tradit Bessanius, in consuetudin. Aluernia, fol. 20. colu. 2. Aviles, in c. praetorum, fol. 101. ante numer. 4. & c. 20. verb. Vsurpan. num. 9. fol. 206.* nedum illius censuras & mandata, negligere, & quasi inutiliter prolata spernere, vt nominatim voluit Bald. *in l. 1. Cod. quomodo, & quando iudex, in fin.* cuius ad id & plures alios referens meminit, Hippolytus *singul. 490. Socinus libr. 3. consil. 99. in fin. Alex. lib. 7. cons. 69. sub n. 5. Probus in c. 1. de Iniuriis in 6. lib. 6. Michael lib. de reg. mund. n. 92. vol. 11. tract. fol. 222.* Imo vt Bart. admonuit *in l. hostis, numer. 11 ff. de captiuis*, violenter & manu armata bellũ indicens, potest hoc casu iudex suam defendere iurisdictionẽ, *tradunt Chassaneus, in cons. Burg. Rub. 1. §. 5. verb. Sal nagrace, n. 85. cum seq.* tradunt Hispani Perez. *in Ordinamenti, colum. 774. & Aviles libr. praetorum, fol. 101. & d. c. 20. fol. 206.* Vbi habent Hispani bonam legem Regiam in materia nostrae consimilem, *libr. 1. tit. 44. §. 57.* Ex his certe iuris principiis, & auctorib. horum regnorũ praxis & vsus defenditur, per quẽ iudex seu praeses fiscalis ac bonorum Regiae coronę ecclesiasticis vsurpantib. secularem iurisdictionem resistit; Intelligit enim, cum modo suprascripto obsistit, iudicẽ ecclesiasticũ nulliter & de facto, tanquã priuatam personam procedere extra locũ sui territorii, & iurisdictionis: Quare respuere & negligere eius censuras, omnino nullas, & inualidas potest. *secundum Hippol. & alios iam citatos* Non est enim hęc pastoris sententia, quam passim iura timendã censent: quoniam, vt praediximus, priuatam esse personam in hoc casu ecclesiasticum iudicẽ, Praeses caussarum coronae regiae praesupponit, & consequenter valide facere negat. Tãtum n. operatur in iure nostro nullitas, vt sententia nulla, neq, sententię nomen habere mereatur, *vt supra diximus.*

11 Nimirum † igitur, si resoluamus nominationem nullã, minime impedire aliam validã. vt in simili aduertit Angel. *in l. Lucius § si cum filius, ff. de inoff. testam. Anchar. cons. 414. Romanus, consi. 429 & Lappus allegat. 127.* qui resoluunt habẽtẽ expectatiuã ad eligẽdum vnũ de beneficiis vacantib. primam electionẽ, seu nominationẽ nulliter factã non nocere quominus possit aliud beneficiũ eligere, & nominando acceptare. Sic etiã Bart. *cons. 73. & Bald. in l. 2. col. 1. ad fi. C. de episc. aud.* resoluunt, oullam alienationem ab emphyteuta factam. dñn directo praestare commissi actionem, quod etiam Dd. tradunt *in l. fi. C. de iure emphyt. & Iason in l. vbi pactum, C. de transact. numer. 22. in fi. cum seq.* adstipulatur etiam Bald. *in l. qui per salutem. ff. de iureiur.* vbi & lat. *nu. fi.* per text. ibi voluit, nũcium, qui nulliter citauit, ex eodem mãdato posse iterum de nouo citare. Concordat Felinus. *in c. qualiter, & quando, de accusatio. num. 43.* Conueniunt multa, quae de actu nullo cumulauit post alios Ripa, *in l. 4. §. condemnatum, col. 1. & 2. ff. de re iudic.* Et in terminis, quod electio nulla seu nominatio nõ impediat aliam secundam, asseruit Ripa, *in l. seruus electo. in prin. ff. de leg. 1. n. 4. Felin. in c. ex tenore, num. 31. de rescript. Carol. in consuet. Parisiens. 1. part. § 10. n. 11. & habetur in l. 2. § 4. ff. de optio. legat.* Nec minus prodest, quod de exsecutore nulliter procedente tradit Feli. *in c. fin. de praesum. cons. 3. vbi refert se ad dicta in c. 1. de re iud. in fin.*

12 Ex † quibus sic intelligendam hanc legẽ Regiam in hoc §. 2. interpretor; vt solum procedat, quando nominatio fuit valida, quo casu alia secunda fieri non potest: secus vero si fuerit nulla: quoniam tunc nominatio dici non potest *per suprascripta*, quod ita in specie olim obseruauit excellentissimus Iureconsul. Goncalus Valascus *in l. vnum ex familia. ff. de leg. 2* Et est communis resolutio, quam sequitur Peralta *in l. cũ pater, § a filia, ff. de leg. 2. n. 4. ad fi.* Paria sunt enim non eligere. & nulliter eligere, vt probat Peralta, *in l. vnum ex famil. § 1. ad fi. ff. de leg. 2. & in § seq. nu. fi.* Et in patrono nulliter pręsentante, quod functus non sit officio suo, & possit iterũ praesentare, plura resoluit Probus *in c. si tibi absenti, de praeb. lib. 6. n. 52.* & comprobari potest ex multo plurib. congestis more solito a Tiraq. *in l. boues, §. hoc sermo ff. de verbor. signific. limit. 1. per tot.* & Quintil. Mandosio *in reg. Cancell. 31. q. 12. nu. fin.* vbi inter alia probat, quod lex simpliciter loquens, semper intelligitur loquuta de actu valido, nõ inualido: quocirca secundus actus validus dicitur primus, quando hic fuit nullus, & inutilis, *c. factus est, in fin. 7. q. 1. Gemmianus, consil. 138 post princ. vers. item nullam.* & ibi etiam tradit, quod de rescripto seu commissione nulla, mentio nulla necessario facienda est. *glossa verb. de facto, & ibi Dd. in c. cum nostris, de concess. praeben. & in c. ex tenore. Vbi Felinus, numer. 2. col. 4. de rescript. Curtius minor, consil. 126. ante nummer. 9.* tradit optime Tellius, *in l. 35. Tauri, numer. 2. & 3.* resoluens per actum nullum non esse consumtam potestatem faciendi, *l. hac conditio filia mea ff. de cond. & demonstr.* vbi Paulus obseruauit, hominis dispositionem consumi in primo actu valido, non inualido, quod & Socin. ibi clarius scripsit, & Romanus, *in l. si qui heres, num. 4. ff. de acquir. hered.* Vbi inquit, actum nulliter gestum, nõ impedire alterius reiterationem, quibus omnibus addo textum *in l. qui testamento 38. ff. de leg. 2.* Vbi Iureconsultus, *Qui testamento* (inquit) *inutiliter manumissus est, legari eodem testamento potest, quia totius efficacior est libertas legato, quoties vtiliter data est.* Et quae scripsit Gregor. Lopez *in l. 25. titul. 9. Partita 6. in glossa, 1. & Molina de primogen. Hispan. lib. 2. c. 4. nu. 30.* Quae sane erit optima ampliatio ad Ord. Regiam *lib. 4. tit. 36.* de qua egimus *in tract. de nominat. emphyt. q. 13. nu. 4.*

Verum † in contrarium multa sese offerunt, quibus cootraria sentẽtia probabilis reddi possit; & imprimis Bartoli doctrina, *in l. 2. § 1 ff. de optio. lega. vers. vltim.* resoluẽtis, cum, qui habet potestatem ab homine aliquid faciendi primo actu, etiã inualido, & nullo functum esse officio suo, nec amplius facere posse, *arg. notatorum in l. si vt proponis. Cod. quomodo & quando iudex,* vbi habetur, quod iudex delegatus functus est officio suo, etiam per sententiã nullã, quod etiam omnes probant, *in l. iudex posteaquam, ff. de re iud.* Vbi Alex. *num. 12.* Barto. & Alexand. *in l. seruus elect. ff. de leg. 1. in prin. Decius in c. in literis, nummer. 3. de offic. deleg. Ruinus consil. 142. num. 1. lib. 4. Vantius de nullit. processus Rub. coram quo nullitas proponi possit, num. 14. Tiraq. in l. boues, § hoc sermon ff. de verbor. signif. limit. 1. nu. 14. late Boerius, q. 6. & Bellonus, lib. 3. supputatio. cap. 18. nummer. 1. & Menochius lib. 1. de arbitr. iudicum qq. q. 61. nu. 21.* quo argumento idẽ videtur respõdendum, in casu nostro, quod semel facta nominatione, dicatur emphyteuta suo officio functus adeo, vt neq; amplius nominare valeat. Facit etiam notabilis sententia Baldi *in c. ex parte. M. de appell.* resoluentis, quod mater transiens ad secũdas 13

GGG 2

nuptias inualidas, non minus amittit filiorũ curã, & tutelam, quam si ad validas transeat, *sequitur Iason, in leg. vbi pactum, n. 24. C. de transactio.*

14 Neque † minus iuuat Romanus *cons. 483.* resoluens, beneficiarium etiam per matrimonium nullum perdere beneficium, quod obtinebat, *tradit post alios Bernard. Diaz in sua praxi, cap. 74. numer. 5. & Couarr. de sponsal. part. 2. c. 6. §. 3. numer. 4. fol. 81. Rebuffus de pacif. possess. numer. 187. Ripa in l. 4. §. condemnatum. ff. de re iudicata, numer. 7. Tiraquell. de retract. §. 6. glossa 2. num. 9 & Francus in c. 1. de clerico coniug. numer 3. lib. 6. & ibi Probus, numer. 12.* quamuis ibi, *n. 15.* in contrarium arguat, & hanc partem sequatur Cardin. *in Clem. gratiosa, de rescript. Bello. consil. 74. numer. 4.* Quibus tamen non obstantibus a priore sententia recedendum non est. Neq; obstat primum de iudice delegato, cuius odiosa iurisdictio est, omnino restringenda, *secundum adnotata, in cap. P. & G. de officio delegati,* qua ratione facilius exstinguitur quam ordinaria, vt habetur *in cap. quærenti, de officio delegati, & in dict. l. iudex posteaquam. ff. de iudic. Menochius, libr. 1. de arbitr. iud. qq. & sentent. quæst 61. per totum.* Quapropter vt ibidem Menochius *d. n. fi.* adnotauit, prædicta cõmunia resolutio, quæ habet extingui iurisdictionem delegatã per sententiam definitiuam etiam nullam, ad extraiudiciales actus extendi non potest. Hos n. qui nulliter ex hominis cõmissione fecit, pluries facere potest, donec valide faciat: Et vtiliter concordat post Innoc. Tellius Fernand. *in l. 35. Tauri, ad finem, versic. & hoc*, qui hoc ita obseruandum affirmat, ex auctoritate Innocentii communiter recepti *in cap. in literis, numer. 2. de officio deleg.* atque aliorum plurium, quorum meminit. Minus obstat, quod de matre transeunte ad secundas nuptias, diximus, atque etiam de beneficiario, quia ex traditiones ex eo vigent, quod priuationis ratio non minus procedit, & militat, in nuptiis nulliter celebratis, quam legitimis & iustis. Ii enim enixe præstiterunt, quantum poterant, animumq; & intentionem delinquendi habuerunt, quod ad priuationem sufficit: nõ sic in casu, quem tractamus, in quo dominus directus voluit, quod emphyteuta secũdam, aut tertiam psonam legitime, & valide nominaret, nõ nulliter: quod etiam emphyteutæ magnopere incũbit. Quod cum nõ contingat, vtriusq; intẽtio, & animus deficit: Nil mirum ergo, si possit iterum emphyteuta nominare, quoties nulliter & de facto nominauerit. Ex quibus si contingat emphyteutam nominando delinquere, veluti quia scienter indignum nominauit, vtique functus dicetur officio suo, neque amplius nominare poterit, *vt tradit Ripa, in l. seruus electione, in princip. ff. de lega. 1. nu. 5. Tiraq. in l. si vnquam, verbo, reuertatur, numer. 301. in fin. & Molina lib. 2. de primogen. Hispan. cap. 4. num. 38.*

15 Verum † omnia suprascripta intelligenda sunt in nominatione ipso iure nulla, nulliusque roboris, & momenti, quæ pro nõ facta habenda est, neque nominationis nomen meretur, quemadmodũ neque sententia, aut instrumentũ, sic n. loquitur, *l. 4. §. condemnatum, ff. de re iud. & ibi Iason, num. 1.* Quocirca si contingat sententiam mero iure valere, quãuis ope exceptionis elidi possit, & ad nihilum reduci, officio etiam iudicis, idem Iudex, qui sentẽtiam tulit, poterit iterum cognoscere, & pnuntiare, vt notabiliter voluit Innocent. *in cap. in literis, de officio delegat.* quasi functus nõ sit officio suo, quod elegans dictũ reputat Baldus, & ad arbitrium trahit, *in l. fin. colu. 4. vers. 4. quæro, C. de contrah. emtio.* tradit alios referens, Tiraq. *in l. si vnquam, verbo reuertatur. C. de reuocan. donat. nu. 300.* vbi *n. seq.* ad propositum nostrum inferẽs ait, electores publicato scrutinio posse variare, & iterum eligere, si electio est ipso iure nulla: secus vero si est aliqua, licet veniat annullanda, quia non possunt variare: ita notabiliter explicat Innocentius *in cap. publicato, in princip. de election. & in cap. considerauimus, vbi Doctores, eodem titul.* Concordat Hostiens. Bald. Panormita. & alii, quorum meminit Tiraquell. *dict. loco. nu 301.* resoluens tunc demum per primam nominationem impediri secundam, quando est aliqua, licet veniat annullãda, quoniam ipso iure nulla, & quæ nullius momenti est, secundæ non nocet, quominus fieri possit.

16 Sed † iam sese offert perutilis quæstio, & in praxi frequens. Finge hypothesin. Ego emphyteuta reuocabiliter Titium nominaui, deinde Seium nulliter etiam nominaui: postea decessi, filium relinquens heredem. Is emphyteusin sibi adiudicandam putat, asserens per secundam inutilẽ & nulliter factam nominationem, in Seii fauorem, primo loco factam nominationem, reuocatam fuisse. Secũdam autem nullam sibi impedimento non esse, quominus emphyteusin tanquam de nouo nominatus consequatur, per tex. *in §. E finando sse. infra hoc tit.* Quid iuris? Si recte consideres, huius quæstionis decisio ab eo articulo dependet, *an per secundam nominationẽ nullam censeatur reuocata prior reuocabilis*, quam tractauimus *supra capit. 3. numer. 40. cum sequentibus.* Vbi vide.

ARGVMENTVM.

Emphyteuta qui habet nominandi facultatẽ seu eligẽdi: An plures personas nominare possit: & Absenti, & ignoranti an acquiratur ius ex nominatione: & An requiratur stipulatio, vel acceptatio, vel ratificatio.

Nominatio emphyteutica habet vim relicti, & nominatus mortis caussa capit, &

Electio an reuocari possit. Pater an possit stipulari emphyteusin filio absenti.

Et an secundo nominatus, cui res est tradita, primo nominato præferatur.

Emphyteuta præsumtus quoad successionem regulatur ab expresso.

SVMMARIA.

1 *Nominare secundam, aut tertiam personam, is tantũ potest, qui a domino directo, habet facultatem.*
2 *Argumentum a consuetis validum est.*
3 *Clausulæ solitæ si omittantur, habentur pro expressis.*
Consuetudo regionis attendenda est.
Consuetudo loci contractus attendenda: item domini directi consuetudo.
4 *Concessio simplex emphyteutica regulatur secũdum consuetudinem domini.*
Emphyteusis præscripta regulatur a consuetudine tãquam vera.
Nominari plures simul ad emphyteusin non possunt.
5 *Nominato ad emphyteusin absenti, & ignoranti acquiritur ius.*
6 *Præsenti & tacente facta donatio tenet.*

Quilibet de populo potest acceptare pro donatario, dũmodo tamen sit caussa pia.
Stipulari alteri non licet de iure canonico.
7 *Acceptatio requiritur etiam in fauorem piæ caussæ.*
8 *Promissio simpliciter facta caussa pia seu Ecclesiæ, etiam minime acceptanti, ad instar voti adimplenda est.*
9 *Emphyteusis promissa pauperi, absenti non debetur.*
Notarius recte pro absente stipulatur, exigitur tamen ratificatio.
10 *Nominatio emphyteutica habet vim relicti.*
Nominatus mortis caussa capit.
Nominatio inter viuos, absente & ignorante nominata fieri non potest.
11 *Speciale ius constituitur in nominationibus, per quas ius transfertur irreuocabile.*
Variatio cessat in electione, vbi est facta a iure exsecutio.
12 *Cessio non prodest absenti.*
13 *Electio re integra potest reuocari.*
14 *Interpret. tex. in capit. si tibi absenti, de præb. lib. 6.*
Eligens seu nominans ex officii necessitate, variare non potest.
15 *Absenti beneficium non quæritur ante acceptationem.*
16 *Absenti sola electio præstat ius irreuocabile, quando quis eligitur seu nominatur ad officium seu munus omnino necessarium, quod subire tenetur.*
17 *Nominato absenti munus voluntarium non acquiritur.*
18 *Acquisitio legalis etiam ignoranti prodest.*
19 *Acceptatio necessaria non est, vbicunq; alicui defertur beneficium sine facto hominis.*
20 *Primus emphyteuta, tanquam procurator, acquirit emphyteusin, nomine successorum.*
Emphyteusis continet plures concessiones.
21 *Pater stipulatur emphyteusin pro filio etiam absente & ignorante.*
22 *Nominatus primo loco præcedit, licet secundo emphyteusis sit tradita.*
23 *Lex quoties, C. de rei vind. etiam in emphyteusi procedit.*
24 *Nominatus primo loco emphyteusin potest a quocunque possessore auocare.*
25 *Filius nominatim vocatus ad emphyteusin, priuari non potest, alius successione.*
26 *Emphyteusis emta a patre libere potest alienari.*
27 *Emphyteuta præsumtus quando potest variare.*
Emphyteuta præsumtus, quoad successionem, regulatur ab expresso, idem quoad commissum contrahendum.
28 *Consuetudo domini directi attendenda est.*

CAPVT VI.

1 SVbdit † vlterius legislator *lhefir dado poder q̃ possa nomear, ao dita foro hũa pessoa, &c.* id est, *fuerit ei data facultas nominandi ad prædictam emphyteusin vnam personam.* Vulgus pragmaticorum intelligit hunc textum, quod emphyteuta nominare secundam, aut tertiam personam tunc demum potest, quando illi ea potestas est a domino directo concessa. Quæ sane traditio, inspectis iuris ciuilis concessionibus *pro filiis, seu pro filiis, & heredibus* vtilis est: quoniam ex iuris dispositione de huiusmodi emphyteusi, sub hac forma concessa, parenti disponere non licebat, *vt tradit Angel. post, Iacob. Butric. in l. item videndum. §. item videndum, versi. sed quæro, an pater. ff. de pet. hered. Bald. in cap. imperialem, versic. quæro vtrum pater, de prohib. feudi. alien. per Feder. Barbatia in rubr. de feud. Alexand. in l. apud Iulianum, §. si quis alicui, ff. de leg. 1. & Anan. consil. 37. & Cuman consi. 163.* Sed contrarium tenuere Paulus *consi. 161. colu. 4. volu 1.* & Barbatia *consi. 56. inter consil. Alex. lib. 4.* Quamobrem vtilis est admodum, secundum terminos concessionis prædictæ illa clausula, & potestas a dño directo concessa, nominandi vnum de filiis, qui emphyteusin solus consequatur. Vt obseruauit Decius *consi. 194. col. fin.* Ceterum in his regnis, in quibus ad vitam trium personarum, tam prophana, quam ecclesiastica solet emphyteusis concedi, non tam vtilis nec necessaria ea facultas nominandi esse videtur: siquidem etsi non exprimatur, concessa videtur, quando aliter verificari concessio ad vitam trium personarum non potest: nisi cõcedamus eligendi potestatem dominũ concessisse, ordine nempe seruato, quod prima persona nominet secundam, & hæc tertiam.

Sumto † argumento, ab vsitato, seu a solitis, seu a suetis fieri (prout simpliciter facta concessio interpretanda est) quod in iure est probabile, frequens, & valde vtile, text. *notab. in l si quis donaturus, & ibi glossa. ff. de vsufr. & l. quod si nolit, §. quia assidua. ff. de aedil. edicta. & ibi Bald text. in l. certi conditio. §. si nummos, & ibi Bartol. Angel. & Doctores Alexand. & Iason, ff. si cert. petat. ibi, Cum quotidie creditores, text. in l. certe, in fin. ff. de precario, text. in l. vt liberis ad fin. C. de collatio. ibi, vt fieri assolet, & ibi notant Alberic. Iason & Doctores §. fin. Inst. de satisdat. cap. cum M. de constit. versicul. mandamus ibi, Sicut consueuit, vbi hoc not. Butrius, Imola, & Panorm. & Felin. glossa in cap. cum Marta, de celeb. missa. cum aliis congestis ab Arelatano in dict. l. generaliter, C. de secund. nuptiis, num. 61. & ab Antonio Rubeo in l. non solum, §. morte. ff de nom oper. nunt. nu. 71. & Thoma Grammatico, in proœmio Institutio. a nu. 12. & ab Euerar. in loco legali. 63.* Vbi latius ceteris prosequitur, & in specie Angelus *in §. emphyteusis, in auth. de non alien.* resoluit cõtractum emphyteuticum admittere interpretationem ex huiusmodi argumento, a fieri solitis. Concordat Alex. *consil. 1. lib. 5. & consil. 125. eod. lib. Barbat. conf. 63. vol. 1. Rubeus d. § morte. n. 74.* 2

Imo † omissæ clausulæ apponi solitæ, quasi per errorem, & incuriam remissæ, habentur pro expressis, & adiectis, *l. quod si nolit, §. quia assidua. ff. de aedil. edicto.* tradit Iason, *in l. fin. C. de iure emphyt. num. 29. cum seq. tex. in l. 2. §. merito. ff. ne quid in loco public. & in § si quis a principe,* vbi in priuilegio a principe concesso, semper subintelligitur clausula illa, *Sine præiudicio tertii,* apponi consueta, facit text. *in cap. 2. de rescript.* vbi similiter clausula, *Si preces veritate nitantur,* cẽsetur expressa, licet fuerit omissa. Et est ad hoc pulcer casus *in l. fin. C. de fideiuss.* vbi conuento vno de fideiussoribus, non liberatur alius, neq; reus principalis: nec etiam electo vno de correis, liberatur alter, quia hoc quotidie pactis conuentis fit: & licet non exprimatur, pro expresso haberi debet, Concordat tex. *in l. excepto, & in l. circa. C. locati.* Vbi similiter sancitum est, in contractu locationis id, quod fieri solitum est, attendendum esse. Quo argumento idem est resoluendum, in emphyteutico contractu, q maximã habet cognationem, & affini- 3

lem, *in d. l. illud, verbo, alia, in fin.* resoluentem, donationem factam etiam in fauorem piæ caussæ, nisi ab aliquo acceptetur, nullius momenti esse. In quo illa glossa singularis est secundum Iasonem, *d. §. Flauius nu. 23.* & recepta communiter secundum Couarr. *in 3. part. rub. de test. nu. 13. Francum, in c. Abbate. de re iud. in 6. ante n. 4. & Iul. Clar. lib. 4. recepta. sent. in §. donat. q. 12. in fi.* vbi firmat communem, cum Ruino, *libr. 4. cons. 13. nu. 10. & cons. 37. nu. 14. eod.* cui addo, Excam *de pact. n. 469.* & Pelaez *lib. 1. de Maioratu. q. 36. n. 3.* Ex quibus cauendũ omnino est, ab iis, qui asserunt donationem, in fauorem caussæ piæ validam esse, nemine acceptante, q̃a videtur facta Deo semper, & vbique existenti, & acceptanti, vt nominatim voluit Paul. *in l. decernimus. C. de sacros. Eccl. n. 3. Fel. in proœmio decret. n. 25. Cotta, in memorab. verbo absenti.* Qui nõ aduerterũt, in contrariũ esse cõmunem sententiã, secundũ q̃ adeo nulla est, ẽt in fauorẽ caussæ piæ nõ acceptata donatio, vt postea p acceptationẽ minime cõualescat: q̃a a principio, ex defectu consensus donatarii, q in ipsomet actu donationis necessarius est, fuit omnino nulla, vt adnotauit gl. *in l. neq; ambigi, C. de don. gl. 2. in l. consensu, ff. de act. & obl.* ita in indiuiduo resoluit Ripa, *in rub. ff. de verb. obl. nu. 21.* & Rubeus *cons. 132. nu. 1.*

8 Verum † quod Paul. & alii intelligunt. Deum pro caussa pia acceptare censeri, defendi potest, qñ aliq̃s simpliciter caussæ piæ, seu Ecclesiæ aliquid promisit dare, aut facere, quoniam nemine acceptãte, ad instar & similitudinem, voti, ipse eius heres, adimplere compelli põt. *l. 2. ff. de pollicit. c. ex part. de censib. & ibi Panorm. n. 1.* Barto. qui hoc ita nominatim explicat, *in d. l. illud. n. fi. C. de sacros. Eccl.* receptus secũdum Galeaulam *in rub. ff. de verb. obl. n. 65.* quod mihi non videtur satis percipero Nouell. *lib. de dote, 6. part. priuil. 1. n. 2. in fi.* vbi vero p̃missio emanauit animo donãdi Ecclesiæ, aut piæ caussæ, necessaria est acceptatio, vt valere donatio possit, *per supra scripta.* quæ cũ non valeat vt donatio, neq; alio modo valere põt. *l. 1. §. si quis ita. ff. de verb. obl.* Bald. qui ita explicat, *in d. l. illud. n. 2.* Vnde si contingat, me pro paupere virgine marito collocanda centum promittere aureos, ad instar, & similitudinem voti, adimplere cogar & dotem promissam elargiri, secundum Cynum, & Fulgosium, atq; etiam Salycetũ, *in l. 1. C. de dotis promiss. & Decium cons. 35. n. 1.* licet ab ea sententia, recedant Alex. *in l. qui absents, §. fin. ff. de acqui. poss. Ias. in repet. l. admonendi, ff. de iureiur. n. 148. & Gomez in l. 10. Tauri. n. 19.* quorum opinio per suprascripta defendi potest, vbi ego animo donandi de p̃senti centum dare promisi, quia necessaria est alicuius acceptatio.

9 Hæc † si cupis nostræ materiæ adaptare, finge, Titium nomine dotis in fauorem agnatæ inopis, promisisse emphyteusin dare, cum illa nuberet. Certe ad instar & similitudinem voti, ipsi nuptæ emphyteusin negare non poterit. Secus vero, si animo donandi de præsenti promittere dare, cum illa nupserit: quoniam tunc nisi aliquis puellæ pauperis nomine acceptet, inanis, inutilisq; promissio est, *per supra scripta.* Quamobrem si notarii adsit stipulatio, validam fore absenti factam donationem passim nostri interpretes resoluunt: opinantes illam amplius reuocari non posse, vt est videre per Couarr. *lib. 1. resol. c. 14. nu. 11.* probat Ordinatio *libr. 4. tit. 63. in princ.* tradit Gomez *in Epitome, de contract. tit. de donat. col. 2. cum seq. Barbatia, libr. 2. cons. 34. a num. 14. & cons. 80.* Couarr. *in 3. part. rubr. de test. num. 13. col. 2. folio 235. Vincent. in l. 1. C. de pact. nu. 124. Rim. in rubr. Inst. de donat. nu. 14. Molin. lib. 4. de primog. Hispa. c. 2. nu. 67. Iul. Clar. lib. 4. recep. senten. verbo donatio. q. 13. vers. 1.* vbi refert Soc. iuniorem, *cons. 67. nu. 4. lib. 3.* asserentem hanc esse communem sententiam. Thob. *cons. 53. nu. 4.* affirmans cum communi validam esse hoc casu donationem absenti factam, nec ratificationẽ exigi. *ex Ruino lib. 1. cons. 172. nu. 15. Guido Pape, quæst. 49. Soc. cons. 262. col. pen. vers. secundo respondetur. volu. 2. Corneo. lib. 4. cons. 2. vers. præterea Roma. cons. 513. nu. 3. Alex. Aret. & Ias. in l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verb. obl. Aret. cons. 74. n. 10. Dec. cons. 239. col. 4. vers. 3.* Licet contradicat Bertrandus, *libr. 3. cons. 185. nu. 7.* exigens ratificationem donatarii quo illi ius quæratur, ex regula *l. si ego. ff. de nego. gest.* concordat Dec. *in l. contractus, ff. de reg. iur. nu. 14. limit. 5. & nu. 16. atq; etiam cons. 226. & Paul. Socin. Decius, Cagn. Curtius, Ruin. & Paris.* quorum ad id meminit firmans a cõmunem sententiam Thobias Nonius, *cons. 84. nu. 4.* Decium & Cagnolum, repeties *in l. quo tutela, ff. de reg. iur. in fin.* vbi hanc firmant communem & Tiraquel. *lib. de const. lim. 30. n. 9. Alban. cons. 26. nu. 1.* cuius etiam opinionis fuit Alciat. *in l. 2. §. ex his, nu. 3. ff. de verb. obl. & in c. cum contingat, nu. 324. vsq; ad num. 231.* asserens ante ratificationem huiusmodi donationẽ a notario, stipulatam esse nullam: adeo vt a donatarii heredibus rata haberi non possit. Et hanc dicit esse communem. Cuius contrarium ex supra scriptis constat, verum esse, idque magis placuit Iulio Claro, *lib. 4. sentent. verbo, donatio. q. 13. vers. primo ego.* Firmans magis receptam sententiam esse, interueniẽte notarii stipulatione donatarii ratificationem necessariam non esse, quoniam per eam est illi ius quæsitum irrenocabiliter, etiã ante ratihabitionẽ, vt cum Soc. iun. *cons. 118. nu. 12. vers. non obstat tertio, lib. 2. & num. 26* firmante hanc esse communem, resoluit Iul. Clar. *d. q. 13. vers. aut vero.* Vbi etiam citat Couar. Tiraq. & alios nouiores, qui hanc nostrorũ auctorum varietatem, & in constantiam temporare conantur. Quod vero ad instructum attinet; siue hanc, siue illam probes sentẽtiam, semper legia nostræ dispositio periclitatur, quia secundum vtramque necessaria est notarii stipulatio, quo valida censeri possit donatio absenti facta. Quamobrem nullo prorsus iure huius legis Regiæ dispositio defendi potest, quoniam absenti & ignoranti ius emphyteuticum ex sola emphyteutica nominatione concedit ac tribuit, & si pro illo nemo acceptauerit, nec ille ratam habeat nominationem. Qua ratione merito hæc Ordinatio plerisque nostri ordinis grauissimis viris admirabilis visa est.

Ceterum † doctissimus, & Iureconsultissimus, & 10
omni æuo memorabilis, Senator Regius olim, Ant. Francisc. ab Alcacoua, socer meus meritissimus, cuius disciplinæ, quicquid in nobis eruditionis est acceptum referimus, (vt reperi in quibusdã eius collectaneis, ad hanc ordinationem, seu hypomnematis) interpretabatur, hanc legem Regiam, hac in re, quemadmodum, & in reliq̃s amplexã fuisse, singularẽ sententiam Bar. *in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* asserentis huiusmodi nominationes, q̃a respiciũt, ac intuentur, & cõnent, actum quendã successionis post mortem, assumunt naturam relictorum in vltima voluntate, qua ratione fieri possunt, in fauorem absentis, & ignorantis, quemadmodum

contingit in legatis, fideicommissis, & reliquis, quæ per viam vltimæ voluntatis alicui relinquuntur, quæ legatarii præsentiam minime requirunt, aut exigũt. Concordat Baldus ibi, & illum secutus Loazes, *in l. filiusfamilias, §. Diui, ff. de legat. 1. n. 73. ad fin.* resoluens eadem ratione, ad reuocationem necessariam non esse nominati præsentiam. Quod post Baldum tradit Segura, *ubi in §. seo si fundum, fol. 5a. col. 3. in princ.* & Gomezius, *in titul. de legatis, num. 48. col. 2. Angel. cons. 127. colum. 2. Massa de obligat. in forma Cameræ, pag 64.* Quamobrem dicebat vir ille insignis, cũ hæ nominationis vim, seu naturam relicti in vltima voluntate assumant, mirum non est, si & his, simul ac factæ sunt, nominatis absentibus, & ignorantib. ius emphyteuticum irreuocabiliter acquiratur: quoniam & hoc idem contingit, in testamento, vel alia vltima voluntate, relictis, vt notatur, *in l. a Titio ff. de furtis, & in l. cũ pater. 79. §. Surdo. ff. de legat. 2.* ibi: *Quibus ignorantibus, ex testamento emolumentum quæritur.* Adducebat etiam vir ille, nominatum emphyteusin mortis caussa capere, ex Bartoli doctrina *in l. si mihi, & Titio, in princ. ff. de verbo. obligat. Corneus consil. 37. num. 7. vol. 3. vers. pro quo etiam facit, Bald. in Auth. si quas ruinas, C. de sacrosanct. Eccles.* Quamobrem ad instar donationis caussa mortis, rei emphyteuticæ dominium, & sic ius irreuocabile nominato posse concedi, vt hac lege Regia sancitum est, fatebatur. Faciunt in confirmationem, quæ dicemus infra, *in tract. de acquisit. emphyt. cap. 16. num. 28. & 29.* Verum postea facile ab hoc sensu & interpretatione recedit, agnoscens supra scripta posse procedere eo casu, quo vel testamento fuit facta nominatio, vt nominatim explicat Peralta, *in d. l. vnum ex familia. §. 1. sub num. 8.* Vel etiam quando emphyteuta fuit grauatus cum moreretur, nominare, iuxta terminos, *d. l. vnum ex familia, in prin.* legisque Regiæ supra hoc tit, *in princ. & in §. 1.* Quo casu, vt ibidem obseruauimus, per relationẽ ad mortẽ dicitur nominatio facta, non sic in casu legis nostræ, *in hoc §. 2.* in quo agitur de nominatione inter viuos, irreuocabiliter facta, quam posse fieri absente & ignorante nominato, iuris nostri præcepta non patiuntur, *vt diximus,* & nominatim probat Peralta, *d. nu. 8. per nota. in l. qui absenti, & ibi Doctores, in prin. ff. de acqu. poss. ff. & in d. l. absenti, ff. de donat. vbi Bart. & Paul. gloss. sing. & recepta, in l. consensu. ff. de actio. & obligat. iuncto tex. ibi in fin. gl. etiam in l. 1. ff. de contrah. emt. & in l. illud. & ibi Bart. & Bald. & Paul. C. de sacros. Eccl. & §. 1. Inst. de oblig. quæ ex consen.* quibus vltra suprascripta, addo hanc declarationem fuisse Bartoli *in disputa. 13. nu. 2. & Anch cons. 127. n. 8.* Illud tamen aduerto, id, quod diximus, dominiũ ex donatione caussa mortis acquiri, vtiq; procedit post mortem donatoris, non illo viuente: imo donatio caussa mortis absenti facta nõ tenet, *vt tradit Rogerius, in l. ex hac scriptura, ff. de donat. nu. 1. & in l. 6. ff. de test. num. 21.*

Ego † aliquando cogitabam, legem hanc Regiam
11 speciale ius in hisce nominationibus cõstituere voluisse, ac restringere dispositionem, *d. l. absenti. ff. de donatio. cum aliis,* vt solum obtineãt, & procedãt, in donatione rei propriç a patrimonio donantis ꝓcedente, non vero in emphyteutica nominatione, & similibus, in quibus nominans, seu eligens, de suo nihil omnino præstat, vt habetur, *in d. l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.* Is enim, qui tantum nudo fungitur ministerio, & declaratoris officio, cũ semel nominauit, officio suo functus est, quare amplius nominare non potest, *argu. not. in l. Iudex posteaquam ff. de re iud.* Verum hæc interpretatio etsi pragmaticis nostris & iuris cãdidatis, arridere possit, non omnino satisfacit: quoniam id dumtaxat concludit, non posse emphyteutam, qui semel nominauit, amplius nominare. Aliud enim vlterius quærimus, & in dubium reuocamus, quo iure & ratione Lusitanus legislator statuere potuerit, nominato absenti, & ignoranti ex sola nominatione ius irreuocabile acquiri. Difficultas est certe maxima, quam medius fidius præcedens interpretatio non dissoluit. Longe enim inter se differre perspicuum est, quærere, *vtrum variare emphyteuta, qui semel nominauit, possit, vel an ex semel facta nominatione, absenti, & ignoranti plenum & irreuocabile ius emphyteuticum acquiratur,* vt probatur *in c. si tibi absenti, de præb. libr. 6.* Prioris enim quæstionis decisio, & si a posterioris resolutione pendere videatur, quoniam, *vt supra aduertimus,* vbi facta est ipso iure exsecutio, & dominium acquisitum, cessat variatio, *vt in l. apud Aufidium, ff. de optio lega. & Doctores, in l. serui electione, in princip. ff. de leg. 1.* nihilominus prædicta difficultas insoluta manet. Etenim illud quærimus, *qualiter ea resolutio, procedere queat in casu text. nostri,* in quo non solum conceditur nominato ius emphyteuticum irreuocabile, sed & ignoranti, & absenti, cõtra iuris principia: cuius rei ratio, necessario inuestigãda est, ne legislatorem citra caussam id statuisse, coniectemur, qua sic voluit & iussit.

Vrget † magis hæc difficultas, ex notabili addi- 12
tione Gozad. *in l. 2. C. de pact. inter emtorem. num. 109.* resoluente, cessionem iuris factam, in absentis, & ignorantis fauorem, nihil omnino prodesse, nisi per nuntium, aut Epistolam, fiat, *ex notatis in l. 1. & l. cõsens. ff. de actio. & oblig. & in d. l. absenti, ff. de donatio. & in l. si absenti, ff. de acq. possess.* si modo, inquit, fiat cessio, vt ad illum absentem pertineat commodum, & & incommodum rei, seu iuris cessi. *ex not. in l. finem. C. quando fiscus vel priuat.* Verum si tantum concedamus, absenti conferre exercitium actionum, vt contingit, quando illum constituimus procuratorem, etiam in rem propriam, vt explicat Bart, & alii, *in l. an caussa, §. si ex parte, ff. de procurat. Bald. in leg. per diuersas. q. 14. C. mandati, & in l. ex legato. in fi. C. de legat. Alex. in l. apud Iulianum, §. vtrum, ff. ad Trebell.* vbi hanc testatur esse communem, potest enim mandatum in absentem conferri, *l. 1. §. fin. ff. de procurat.* Quo etiam argumento, videtur in casu nostro, negandum, nominato ad emphyteusin, ius emphyteuticum ex sola nominatione fuisse acquisitum.

Corroboratur † hęc difficultas, si cõsideres, eligẽ- 13
tem posse a se factam electionem reuocare, quemadmodum, & mandatum, res integra antequam ab electo rata habeatur, vt habetur, *in §. mandatum, Instit. mandati, & in l. si pecuniam. ff. de condit. ob caussam in princ. Doctores, in l. qui absenti, ff. de donat.* vbi Rogerius. *nu. 5.* hanc traditionem secure ponit, respondẽs adnotatis, *in c. publicato, de electione, & in l. priuatorũ, C. de iurisd. omnium iud. & in l. publicis. ff. de condit. & demonst.* quod procedunt, in electione facta a canonicis eligentibus Episcopum, quæ per se sola non stat: quoniam exigit, superioris confirmationem, quare reuocare semel factam electionem Canonici non possunt, *dict. cap. publicato, & c. cum inter, eodem titul.*

Cuius

cedns contrarium inquit Rogerius est obseruandũ, quando electio facta per se ipsam, effectnm producit, & stare potest: quemadmodum contingit in nominatione, de qua agimus, quæ absque noua superioris confirmatione stat, & effectum producit, *arg. notn. in d.c. mandatum.* Quocirca nimio rigore plena est huius legis dispositio, absenti, & ignoranti ex sola nominatione ab emphyteuta facta ius irreuocabile concedens, quæ superioris confirmationē non exigit.

14 Verum his, quæ hactenus disseruimus, non leuiter obsistit, imo ex diametro aduersatur, tex. ille singularis, in *cap. si tibi absenti, de præbend. lib. 6.* vbi postquam summus Pontifex statuit, absenti beneficium conferri posse, subdit, *re integra antequam ille acceptet, variare Episcopum non posse, et si nulla sit necessaria superioris confirmatio.* Certi enim iuris est, ad Episcopum, beneficiorum suæ Diœcesis collationem pertinere, *c. omnes basilicæ. 16. q. 7. c. cum ex iniuncto, de hæret. sc. in 6. Felin. in c. cum venerabilis, de except. n. 32. Gomez. in 3 forma mandati de promdendo, nu. 3.* & nihilominus, Papa statuit, semel a se factam in fauorē absentis collationem Episcopum reuocare nō posse. Quare labefactari videtur suprascripta resolutio, quæ habet, cessare electionis reuocationem, quando illa per se absque superioris confirmatione, non producit effectum: secus vero, quando per se sola stare potest. Siquidem Ordinarii Episcopi collatio per se sola stat, & effectum producit, absque vlla superioris confirmatione, & nihilominus semel facta, reuocari non potest, *vt in d. ca. si tibi. S. Pontifex sanxit.* Vnde Bartolus, *in l. absenti. ff. de donat. n. 2. vers. sed istud videtur,* longam exorditur disputationem & distinctionem, secundum qnam adnotandum est, tex. *in d. c. si tibi absenti,* procedere, quando electio, seu nominatio, ab eo facta est, qui ex necessitate officii, præcise, seu caussatiue eligere, seu nominare tenebatur, quemadmodum etiam contingit in casu *c. publicato. de electio. & c. cum inter. eod. tit.* Vbi de Canonicorum electione est actum, & negatur variatio, *& in c. cum autem, 24. de iure patron.* cessat variatio: secundum qnam regulam procedit etiam, (inquit Bart.) text. *in d. c. si tibi absenti.* vbi similiter Episcopo conferendi, variādi potestas denegatur: quia ratione officii vacantia beneficia sine mora conferre tenetur. Etenim hoc casu Episcopus, seu quisq; alius Ordinarius collator, ex necessitate officii procedens, suo officio functus est, simul ac semel elegit, ac nominauit, quare amplius variare non potest, *arg. l. iudex. postea quam. ff. de re iudic.* Sed contrarium Bart. obseruandnm credit, in eo, qni nulla vrgente necessitate nominauit, aut elegit, qnia tunc libere potest variare & absenti nominato nocere, per tex. *in d. l. absenti ff. de donat.* quem ad veram & propriam donationem, restringendum censet: quæ nullo iure cogente fieri solet. *l. donari, ff. de donat. & l. donari, ff. de reg. iur.* habetur, *in l. rem legatam, ff. de adimen. legat. tradit Tellius Fernandez in l. 26. Tauri, n. 4. cum seq. & Rogerius in d. l. 1. ff. de donat. nu. 1.* Secundum quam resolutionem, nominationibus nostris applicatā resoluendum est, emphyteutam nominatum, quia ex necessitate officii, seu emphyteutici muneris obtēti tenetur saltem caussatiue, ne emphyteusis ad dominium directum deuoluatur, nominare, simul ac nominauerit, variare non posse, quia functus suo officio est, quemadmodum sunt & ceteri omnes, qui nominare, aut eligere cō pellantur, officii, aut muneris obtenti ratione, qui donare, aut de suo quicquam conferre, minime dici possunt, *vt in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* Quæ est profecto vera & genuina differentiæ ratio, inter donationem, de qua in *d. l. absenti. ff. de donat. & beneficii collat.* de qua *in d. cap. si tibi absenti,* illa enim reuocari potest, quia donās de suo liberalitatem exercet, quam facile nemo facit, *l. id quod nostrum. ff. de reg. iur.* qnia donare est perdere, *l. filius familias. ff. de donatio.* Quapropter etiam facilius retinetur, & propterea absenti facta reuocari valet. Cuius contrarium obtinet in Episcopo conferente, qui licet liberalitatem exerceat, beneficium conferens, vt habetur *in c. quia diuersitatem. de concess. præben.* ibi: *ad donationem eius, & in cap. fin. de offic. Vicar.* notatur *in c. relatum. de præbend. Feder. q. 1. in lib. suarum qq.* tamen hoc procedit & intelligitur, quod donationem facit, & liberalitatem exercet, de re tamen non sua, vt explicat Dec. *in l. nemo plus, ff. de reg. iur.* & Exea *lib. de pactis, nu. 242.* resoluens Ordinarios hoc iure vti ex iurisdictione quadam voluntaria, quam habent, circa beneficia vacantia, quæ exspirat simul ac de beneficio prouidit, & si illud absenti confert, *l. iudex postea quam, ff. de re iudic.* Quamuis Fortunius Garcia, *in l. 1. num. 7. ff. de pact.* intelligat non minus Episcopum, donationem facere, cum beneficium confert, quam priuatus, cū bona sua donat. Verum ex eo Episcopum variare non posse, quia conferendo se videtur obligasse ei, cui ille contulit. Quæ ratio neq; iure nec probabili ratione probatur, ideo reiiciendam fore admonuit Exea, *lib. de pact. n. 234. cum seq.* addens quam plures inter donationem, & beneficii collationem differentias, de quibus *ibi n. 244. cum sequ.* Quibus sane constat, iniquam esse comparationem a Fortunio factam, de donatione ad beneficii collationem: illa enim veram continet liberalitatem, hæc vero minime, quia ex necessitate officii procedit, *c. 2. de concess. præben.* ideoque Episcopus solum in cui dando gratiam facit, & quodammodo liberalitatem exercet, vt post glossam firmat Decius, *in cap. relatum. 4. notab. de præbend. Exea, vbi supra, ante numer. 245. tradit Peralta, in leg. vnum ex familia, §. 1 ff. de legat. 2.*

Hæc† omnia si recte consideras, Lector optime, eodem, quo supra scripta traditio, morbo laborant: 15 solum enim concludunt emphyteutam, qui semel nominauit, variare non posse: si quidem ex necessitate officii, seu muneris obtenti nominat, nihil prorsus de suo præstans, ex regula, *d. §. 1. l. vnum ex famil.* q̃ ad d. c. *si tibi absenti,* posse adaptari, Exea, *d. nu. 244. in fi.* probat. Quocirca adhuc insoluta nostra manet difficultas, qua id vnum tantum quærimus, *quo nam iure, & ratione huius Ordinationis dispositio, in hoc §. 2. defendi potest, quatenus absenti & ignoranti, ius emphyteuticam irreuocabile concedit contra notissima iuris principia, imo & contra, d. cap. si tibi absenti.* vbi licet S. Pontifex Episcopo variandi facultatem neget: clare tamen probat absenti, ante acceptationem beneficium non acquiri, vt ibi: *Licet per collationem huiusmodi, donec eam ratam habuerit, ius in ipso beneficio, ut tamen uti valeat non acquiras, &c.* Vides, qualiter absenti facta collatio ius aliquod, ante acceptationem, vt suum dicere valeat, non tribuat: quare idem multo magis respondendum erat in casu legis nostræ, *in hoc §. 2.*

Ego† aliquando cogitabam, poſſe huius Ordinationis rationem deduci ex doctrina Bartoli, *in d.leg. abſenti ff. de donat. num. 2. verſ. & pro declaratione*, reſpondentia ſolam electionem abſenti ius irreuocabile præſtare, qu ille eligitur, & nominatur ad officium, ſeu munus, omnino neceſſarium, quod ſubire recuſare nequit, vt contingat in tutoris, & curatoris officio, *l. 2 ff. de tutor. & curato. datis ab his.* Quapropter inquit, nullum alium eligi, aut nominari poſſe ad idem munus ſuſcipiendum, *vt per tot. C. in quib. caſib. tuto. haben.* Ea quib. ego aliquando in praxi reſpondi, electum officialem iuxta formam l. Regiæ *lib. 1. titul. 67. §. 6.* etiam abſentem remoueri non poſſe, & alium eligi, quoniam ſic electus munus illud recuſare non poteſt, vt habetur, *in § pen. eod. titu.* Adducebam vltra Bartolum, Baptiſtam *in l. diē functo ff. de officio aſſeſſoris, nu. 8. & 9.* Verum hic non eſt caſus, quem tractamus, quoniam certum eſt, compelli neminem poſſe, vt emphyteuſin capiat, quia beneficium in inuitum non confertur. *d. cap. ſi tibi. l. hoc iure, § non poteſt. ff. de donat. & l. inuito, ff. de regul. iuris.*

17 Vlterius † proſequitur Bartolus aliud membrū, propoſitæ noſtræ quæſtioni magis accedens, & ſubdit, *aliquando quis nominatur ad munus voluntarium, quod ſubire adſtringi non poteſt. & tunc ſi eligens, ſeu nominans officii obtētu neceſſitate, compulſus nominat, amplius variare non poteſt:* Et ſic procedunt iura ſupra citata, negantia in eligente, & conferente, variationem, nempe. *c. ſi tibi abſenti, & c. cum inter, & cap. publicato. de electione. cum ſimil.* Quæ ſane traditio noſtræ quæſtioni adaptari commode poteſt: Sed id tantum concludit, variare emphyteutam non poſſe, non quod nominato ſit ſtatim ius irreuocabiliter acquiſitum. Imo ex doctrina Bartoli, in eodem ſecundo membro verſicul. *ſed electio.* neceſſario reſoluendum eſt, hoc caſu nominato abſenti, non acquiri ius aliquod, antequam ille nominationē ſciat in ſui fauorem eſſe factam, & illam acceptet. Quare multo magis huius §. diſpoſitio confunditur.

18 Quamobrem † cenſeo, tantam eſſe huius rei magnitudinem & difficultatem, vt aliter eam euadere fas nō ſit, niſi diſpoſitionem huius §. 1. intelligamus de iure legali, q vi & poteſtate legis noſtræ in nominatum trāsferri ex ſola nominatione potuit, ex his q̄ ſcripſit Tiraq. *lib. de morte ſaiſit. declar. 18. par. 2.* vbi per multa probat, poſſe legis auctoritate dominium & poſſeſſionem in quempiam transferri, vt habetur *in l. fin. C. de ſacro ſanct. Eccleſ. & in l. raptores eodem titu. Tiraq. eod. lib. de Morte. 2. part. declaratio. 6. num. 7.* Facit quod tradit eleganter Melchior Pelaez *in tract. de Maioratu, quæſt. 08. num. 10.* vbi inquit, quod omne lucrum delatum per legem, citra hereditatem transfertur abſque aliqua agnitione, *ſecundum Alex. contra Angel. ibi in lege ſi vir. ff. ad l. falcid. & Socinum conſ. 116. num. 19. vol. 1. & Iaſ. in l. ſi arrogator, ff. de adoptio. num. 15. Pinellus in l. 1. cap. de bonis mater. 1. part. nu. 36.* vbi inquit, receptam eſſe ſcribentium ſententiam, omne commodum, vel lucrū, a lege delatum abſq; alia agnitione transferri, quod latius tractat idem Pelaez *lib. 1. Maior. q. 36. & 3. part. q. 13.* Vnde Bald. *in d. l. ſi arrogator*, per illum text. inquit, lucrum dotis, quod defertur marito ex forma ſtatuti, etiam abſque aliqua agnitione transferri & tranſmitti: quod recte notat Alex. *conſ. 150. viſo Themate, nu. 7. vol. 4.* & conducunt leges, & conſuetudines Hiſpaniæ, quæ medietatem bonorum ſuperlucratorum conſtante matrimonio, marito tribuūt, ac largiuntur: quia cum iſtud ſit lucrū a lege & conſuetudine delatum, trāſfertur in coniuges & in eorum heredes abſque aliqua agnitione, quæ fuit ſententia Palatii Rubri, *in rubr. de donat. inter vir fol. 39. col. 4* quem ſequitur Ant. Gomez. *in l. 50. Tauri, nu. 79. & Pelaez, in tract. de Maioratu. q. 24. nu 28. libr. 1.* Quæ ſententia apud nos multo magis admittenda eſt, in bonorum communicatione, quæ ex lege Regia, *lib. 4. tit. 7.* contracto matrimonio inter virū & vxorem inducitur, ex regni conſuetudine, vt hæc communicatio ipſo iure fiat, citra aliquod contrahentium miniſterium, ad imaginem ſocietatis omnium bonorum.

Pro † quo ſuffragatur regula, quæ habet, quod vbicunque beneficium defertur ſine facto hominis, tunc nō eſt neceſſaria acceptatio. *l. cum pater, §. Seruo ff. de leg. 2. l. vlt. §. tali. C. de curato. furioſ. l. apud hoſtes, C. de ſuis & legit. hered. notat Socinus conſ. 153. num. 14. vol. 2.* facit quod tradit gloſſa, *in cap. ſi eos, verbo. placebit, de procurat. in 6.* vbi inquit, quod ſi alicui ex renuntiatione alterius ius deuoluatur, ſtatim hoc ius illi acquiri abſque aliqua acceptatione. citat. *l. 1. §. qui ſemel, ff. de ſucceſſ. edicto.* & facit l. ca *coheredi. in princ. ff. quis ordo bonor. poſſeſſ. ſeruo.* præſuppoſito, quod iura particularia prouenientia ex cōtractu, vel legis diſpoſitione abſque aliqua agnitione transferuntur, *ex Gomez d. l. 50. Tauri, num. 79.* Vnde quod lex facit, ſcientiam hominis non requirit. *Bald. conſ. 404. dubio. 1. lib. 3. per l. apud hoſtes. C. de ſuis & ſeq. hered. l. liber homo. §. fin. ff. de ſtipul. ſeruo.* Quorum argumento idem videtur reſpondendum in caſu legis noſtræ, q abſenti & ignoranti eſt a lege ius emphyteuticum cōceſſum, abſq; alio hominis facto. Verū neq; hoc difficultatē ſoluit, quoniam id eſt, quod quærimus, cur id factum fuerit & legiſlatori placuerit.

Ego † hanc difficultatem ſoluens, exiſtimo, primum emphyteutam, cui fuit cōceſſa emphyteuſis, cum facultate nominandi ſecūdam & tertiam perſonam, in acquirendo fungi vice procuratoris, eorum qui nominabuntur, vt in ſpecie firmat Anch. *conſ. 127. in princ.* Qua ratione cum emphyteuſin capit, & illius poſſeſſionem conſequitur, non minus nominandarum perſonarum, iuxta formā cōceſſionis, quam ſuo proprio nomine illam dicitur aſſecutus, vt notabiliter voluit Alex. *in l. quod dicitur poſt nu. 16. ff. de verb. obl. gl. 1. in l. 45. col. 2. poſt prin. in ll. Tauri.* Quamobrem accedente nominatione, ſub cuius conditione dicitur conceſſa, & tradita a principio emphyteuſis, nomine eius, quo nominabitur, neceſſario, nominato, & ignorāti ius irreuocabile cōcedendum eſt, per ea quæ, habentur *in l. 1. §. per procurat. ff. de acq. poſſ.* Nec nouum eſt etiam in ignorātem poſſeſſionem transferri, *vt habetur in l. 3. § item acquirimus. ff. de acq. poſſ. & in l. 1. C eod. tit.* Præſertim quando poſſeſſio plurimum iuris habet, & facti minimum, *gloſſ. in cap. cum noſtris verbo. habet. de conceſſ. prebend. Tiraq. in tract. in tract. le mort ſaiſit. declarat. 18. nu. fin. par 2.* Nil mirum igitur ſi nominato, cuius nomine conceſſa & tradita primo acquirenti emphyteuſis dicitur, ius emphyteuticum irreuocabiliter concedatur, non minus q̄ ſi eidem a principio emphyteuſis fuiſſet conceſſa, & tradita, vt in his terminis arguit, & concludit Ant. Gom. *in l. 45. Tauri. nu. 111. col. pen. & n. ſeq.* Primo n. emphyteutæ facta tradiuo,

19

20

ditio ceteris successoribus prodest, quasi illis etiam adueniente die res fuerit tradita, vt resoluunt Dec. *cons. 239.* Cassaneus *cons. 53. nu. 52.* qui plura refert in proposito, & Ruio *cons. 25. nu. 17. cum seq. vol. 1.* & eorum doctrinam secutus Tellius Fernand. *in leg. 27 Tauri, num. 2. vers. ratio est, quia illa traditio.* qui satis in terminis loquitur. Nam postquam *nu. 1.* obseruauit, substitutionum gradus, & contractus conueniret: siquidem potest per eos res familiæ relinqui, per gradus substitutiones percurrens, iuxta terminos, *l. quoties. C. de donat. quæ sub modo. & l. 7. titul. 2. part. 5. Paul. consi. 384 lib. 1. Aymo. cons. 19. n. 8. & 9. lib. 1.* addit, omnibus vocatis adueniēte vocationis, die ipso iure ius irreuocabile acquiri, quod habent, ex propria persona, sublato eo, qui possidebat. Intelligit enim in eo casu, *dict. l. quoties* plures dicuntur factæ donationes, si plures sunt ad eandem rem vocati successores, per substitutionem prædictam, vt declarat Paulus, *in l. si pecuniam. ff. de condictio. ob caussam*, quod in donatione Tertii obseruauit Soares, *in l. quoniam in priorib. C. de inofficio. testament. super leg. fori. quæst. 8.* & in maioratu Paulus, *consil. 163. lib. 2. num. 4. & 5.* & dicemus infra, *in tract. de acquir. emphyteus. cap. 6. nume 83. & 84.* vbi resoluemus, in emphyteotica concessione, totidem esse concessiones, quot sunt personæ, a quarum vita illa conceditur. Quamobrem inquit Tellios, in singulis vocatis personis, simul ac dies vocationis cessit, & venit, dari & exsurgere nouam concessionem, nouamque possessionis traditionem, ad quam [illegible] prima sufficit, vt proinde successoribus etiam nondum natis, & sic ignorantibus, ius & dominium acquisitum dicatur. *vt ibi per Tellium, qui citat inter alia Decium, in leg. traditionib. C. de pactis, num. 14. & consi. 239. colum. penult. Aymo. consil. 18. num. 9. libr. 1.* Secundum quem sensum lex nostra Regia intellecta minime a iuris præceptis, & regulis, recedit: imo illis consentanea est. Quamuis non inficiabor Ancharanum, *dict. cons. 124.* negare ingenue, primum acquirentem vice procuratoris non fungi, quando sibi alienandi emphyteusin potestatem reseruauit, quod passim receptum est, in omni emphyteuta acquirente emphyteusin, personis nominandis. Quod me nihil vrget, quominus prædicta resolutio obseruanda sit, si consideres, emphyteuticam concessionem pro persona nominandi, conditionalem censeri, si nominabitur. Quocirca, & si possessor possit vendere, cum non fecit, & nominauit, supradictæ resolutioni locus est, nec desinit vice procuratoris primus acquirēs fungi, qui vel alienando, vel non nominando potest efficere, quod conditio non impleatur. Ac proinde vbi nominauit, & sic conditionem impleuit (habito pro constanti, quod illi facta traditio nominati prodest, vbi voluere iam supra citati auctores, & Baldus *in l. cum antiquioribus, C. de iure deliber. & illius memor, Zasius lib. feudorum. 6. part. nu. 3. cum seq.*) consequens est, legem nostram a iuris communis regulis alienam non esse, quamuis quidam passim contrarium opinentur. Sed perperam.

Quæ resolutio præsertim † defendi potest, quan-
22 do emphyteusis fuit a patre acquisita, & stipulata, in fauorem vnius filii, quem nominabit. Iuris enim regula est, patrem filio stipulari posse, *l. quodcunque, §. si quis, ff. de verborum obligatio. l. quod dicitur in 2. eodem tit. l. si tibi decem. §. pactus, ff. de pactis, §. si vero, Institut. de inutilibus, stipul. tradunt scribentes, in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de lib. & posthum. Pinellus in l. 1. C. de bon. matern fol. 75. num. 73.* Quod adeo verum est, vt neque absentis filii ratificatio necessaria videatur, vt placuit Paulo de Monte Pico, *in leg. in quartam, ff. ad leg. falcid. nu. 237.* contra Barbatiam, vbi probat filii absentiam huiusmodi stipulationi paternæ non nocere. Concordat Nouellus, *in leg. si constante, ff. solut. matr. n. 25.* qui adducit bonum text. *in l. Caius, eodem titul. Bertrand. consi. 1. n. cū seq. lib. 2. & cons. 91. r. 4. eodē lib.* Accedit notabilis Bartoli doctrina, *in d. leg. si constante, num. 66.* firmantis, coniunctum stipulantem pro coniuncto procuratoris vicem gerere, quod in patre obseruauit Ruinus, *in l. hoc edicto, §. nunciatio, ff. de noui oper. nunt. num. 90.* Quare absenti filio est ex paterna concessione ius tribuendum, vt voluit Ias. *in dict. leg. si constante, num 190. & Parisius libr. 3. consil. 25. num. 49. cum sequen.* qui in clausula constituti loquitur, per quam resoluit patrem acquirere filio posse, *& consil. 76 num. 9 cum seq. eod. libr. vbi num. 12.* nominatim loquitur, quando concessio fit patri, & deinde filio, intellige etiam nascituro. *l. si quis operas, iuncta gloss. verbo, posthumos ff. de oper. liber. Bartol. in dict. leg. quod dicitur in 2. num. 12 ff. de verbor. obliga. & ibi Imola Alexand. & Iason. num. 43.* multique alii, quorum meminit Tiraquell. *de primogenit. quæstio. 6. num. 31. Bertrand. consil. 70. num 2. lib 3 & latius consil. 299. volum. 1. rursus. & consi. 78. lib. 3. num. 4. & consilio 71. num 2. & 4 eodem libr.* Quod maxime in emphyteutica concessione obseruandum est, quoniā hanc etiam extraneus alter stipulari potest, ex Bartoli recepta sententia, *in l. quod dicitur, in 2. ff. de verborum obligatio. & in l. stipulatio ista, §. si stipuler, eodem titul.* resoluens regulam, *§. alteri, Institut. de inutilibus stipul.* limitandam esse, quando quis super re sua & futura sua extraneo stipulatur, quoniam tunc valet stipulatio. Probant Doctores *ibi Alexand. & Ripa, num. 68. in leg. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebellian. Bald. in l. anus, ff. de pact. dotal. Ias. in dict. leg. quod dicitur. num. 41. & 45. Decius in l. certi condictio. §. quoniam, num. 9 ff. si cert. pet.* & latius tractabimus, *in commentar. de acquisit. emphyteusis, cap. 16. numer. 18. cum seq.*

Ex quibus, † & lege Regia *in hoc §. 2.* vt supra ex-
plicata, vtiliter infertur, in hac materia, nominatio- 23
num emphyteuticarum, omnino recedendum fore a dispositione, *l. quoties, C. de rei vindicat.* & consequenter concurrentibus pluribus nominatis illum præcedere, qui primo loco nominatus est. Nam si verum est, quod hac lege cautum est, per solam nominationem, nominato ius emphyteuticum irreuocabile acquiri, consequens necessarium est, *dict. leg. quoties*, locum non esse. Exploratum est enim illius leg. dispositionem ea ratione procedere, quia ex solo titulo, emtionis & venditionis, in fauorem primi emtoris dominium non transferri, neque aliquod ius in re, *vt habetur in leg. penultim. C. de rei vindicatio. l. quis tibi, C. de heredit. vel actio. l. quis tibi, C. de his, quæ a non Domino.* Quocirca necessaria est traditio, vt dominium translatum dici queat. *leg. traditionibus, C. de pact.* ac proinde secundus emtor, rei dominus, per traditionem, præferri primo debet, omni iure & actione reali carenti, qua euocare ab eo rem possit. *vt adnotauit gloss. 3 dict. l. quoties, verbo prior, quam ibi sequuntur Cynus, & alii Doctores communiter, teste Ias. n. 4. vers. item antequam,* concordat Ioannes Nicolaus, in

suo Enchyridio beneficiorum, pag. 230. nu. 4. & Couarr. lib. 2. resolut. ca. 19. in prin. Vnde quoties solus titulus præstat dominium, aut ius reale, dispositio *d. l. quoties*, cessat, vt ibidem post alios resoluit Ias *nu. 4. lim. 1.* intelligens propterea, in ecclesia emente legem illam non procedere, quia fauore Ecclesiæ ex solo titulo illi dominium acquiri iure statutum est, *l. fin. C. de sacros. Eccles.* tradit Gomezius *in epitome contract. tit de emtio. & vendi. nu. 6. Præpos. in ca. si facta. col. 2. si de feudo fu. contr. Afflictus in cap. 1. qui success. tenean. num. 27. Go. zad cons. 14. num. 14. & 19. Vltimus lib. opin. commun. verbo. vendens, limit. 1. Gregor. Lopez. in l. 50. tit. 5. par. 5. col. 1. Mathienzus, in l. 1. eo, quod. de reg. tur. num. 2. & Menchaca, lib. de success. resolutio. §. 11. num. pen & fin.* Quo argumento & ratione idem fore obseruandum, in pauperibus, fisco, & similibus priuilegiatis, aduertit Ioannes Nicolaus *dict. Enchiridio. pag. 233. nu. 3* & Maynetius *in d. reg. in eo, quod. de regu. iur. tradit Paris. lib. 1. cons. 77. col. 1.* Sic ergo in proposita specie respondendum est, *d. l. quoties*, dispositionem quiescere, cum ex prædicta resolutione constet, solum titulum nominationis præstare nominato ius emphyteuticum reale, & irreuocabile.

24 Quod † ita sæpius ego in praxi resoluendum fore respondi contra quosdam magni nominis viros, ex auctoritate Alciati *respo. 589 in prin.* & prius Gulielm. *in c. Raynutius. verbo. & vxorem, dec. 4. nume. 7.* atque etiam Aluaro Valasc. *lib. 1. de iur. emph. quæst. 14. num. 7.* Quorum sane doctrina & resolutio, vera est, ac secure tenendum *d. l. quoties*, locum habere, ac procedere in emphyteutica concessione, duob. aut pluribus eiusdem rei a domino directo facta, quam ille consequitur, cui primo loco tradita res, quoniam solus titulus emphyteuticus non est potens, caussare, aut inducere ius reale, cuius contrarium obtinet in nominatione, *per supra scripta.*

25 Infertur † etiam ex suprascriptis, ad emphyteusin nominatum posse rem ipsam emphyteuticam a secundo loco nominato, rem ipsam auocare & extorquere, & a quocunque alio possessore. Verum si secundo loco nominatus de sibi facta nominatione excipiat, de nullitate actor replicabit, iureque sibi prius quæsito, quo priuari non potuit, *vt hac l. in hoc §. 1.* constitutum est, quæ cum præstet ius reale, ex præcedente titulo emphyteutico, & nominationis subsecutæ actionem concedere dicendum est, non exceptionem dumtaxat, licet cum Bart. & communi Ludouic. Gomez. *in regula, de triennali. qu. 58. ad fin.* solam exceptionem concedat, quando aliquid, in alicuius fauorem fieri, vetat, & interdicit. Quæ resolutio, vbi vltra legis prohibitionem adest, titulus, vt hic, non procedit.

26 Infertur † etiã, quod vbi in concessione fuit nominatim post patrem vocatus filius, vel saltem primogenitus, non potest pater alium nominare, aut etiam alium sic vocatum filium priuare, quod hic *§.* probat, quatenus statuit, nominato a solo emphyteuta, etiam ignorãti irreuocabile ius acquiri. Multo ergo magis idem erit obseruandum, vbi simul ab ipso domino directo quis est nominatus, in ipsamet concessione emphyteutica. Habet enim hoc casu nominatus veram, & expressam domini directi voluntatem & vocationem, non tacitam, & interpretatiuam, qualem habet a solo emphyteota nominatus. Quare quemadmodum huic, ita & multo magis, illi ius emphyteuticum, & irreuocabile concedere tenemur, vt in specie resoluit Paul. *lib. 2. cons. 162.* quem refert & sequitur Dec. *cons. 489. n. 28. per l. perfecta donatio C. de donat. quæ sub mo. & per l. illud. ff. de soluto. iunctã l. legem, C. de pact.* Concordat idem Dec. *cons. 498. nu. 19. & Costa lib. de regm success. pagin. 63.* vbi etiam Pauli meminit, *in d. consil. quod est 164. secundum nouam impressionem.* Cõcordat etiam Tiraq. *de primog. q. 8. n. 6.* quibus adeo notabilem Rotæ decisionem, nouam *249. in rubr. de feudis & donationibus*, referentem ex sola concessione facta, pro filiis, esse illis etiam absentibus ius acquisitum, cõcordat Probus *in c. 2. ut heres. in 6. ante n. 5* citans Decium, *cons. 389. nu. 2* & inferens, proinde in hac specie, patris dictum filiu non nocere *ex Bart. in l. cum mater, de inoff. & reitgat. (?) n. in leg. 2. C. de liber. & eorum liber. & ibi Bald. in princip.* Non me tamen fallit, in bonis de Regia Corona contrarium plane voluisse legem Regiam *lib. 2. tit. 17. §. 15. in rem iur. 35. §. 18.* Sed particulariter lex illa ratione procedit. Ibi ea lex Mentalis concedit, alienationem in feudo generum, etiam si primogenitus, expresse & nominatim sit in donatione vocatus, ibi. *E isto quero que haja lugar ainda que na primeira doaçaõ (...) expressamente mençaõ que vaõ* [illegible] fi [illegible] acquisitionem obstante potest pater de Regio consensu filium nocere, & inacquisitione, seu successione hereditatis bonorum præiudicium facere in fauorem fieri do [illegible]. Ex quo limitanda est Pauli & aliorum sententia. Sed quæ ratio potuit legislatorem mouere, ad hoc ita statuendum aduertis iuris principia, quibus moti Paulus, Decius, & alii supra relati contrarium responderunt; aduertentes legem Mentalem intellexisse, filio ius esse acquisitum, non simpliciter & absolute, sed magis sub tacita conditione, *Si patri filius superuiuat*, vt eadem l. mentalis probatur in *§. 18* ibi: *Filho, ou neto barão lidimo. se a esse tempo viuo for.* In quo iuris communis traditioni eam legem consentaneam esse censeo, secundum quas hiis communiss. & qualibet aliarum mihi debita post alterius mortẽ, dicitur mihi debita sub conditione, *Si ego superuixero*, vt tradit Ialon *in l. cum filio ff. de lega. 1. nu. 24. Alex. lib. 1. cons. 123. num. 2. Paris. lib. 2. cons. 37. nu. 51. & in specie Rubeus, cons. 199. num. 10. & Costa de regia success. pag. 25. & 92 addit.* quorum sententiam iuuat, quod tradit Nauarr. *in ca. si quando, pag. 72 vers. 3.* & innuit lex Regia Mentalis, *§. 18* ibi dum lubet: *Se viuer ao tempo da morte segundo a forma da dita ley.* qui text. si bene perpendetis, hanc sententiam probat melius, quam *§. 17.* quem ad id Costa *d. lib. c. 26.* perperam & incaute adduxit. Adiecto enim, quod *in d. §. 17.* illa verba fuerint conditionaliter adiecta, nec ob id probata, quod filius primogenitus & ex eo nepos vocatur sub cõditione, si superuiuant, & vt dominii filius ille vir arbitratus est, sed magis vt excluderent Regiam Coronam, alias admittendam, nõ extante primogenito, aut ex eo nepote. Aliter enim, mihi ita intelligamus, necessario fatẽdum erit, quod patruus excludat nepotem, in casu illo, vt sit. non obstante, quod primogenitus patri superuixerit, nomine tñ obiit, antequam res, de qua ibi, a pignoris obligatio ne liberaretur; quod vtique nefas, falsumque est, quoniam inter patruum, & nepotem ex primogenito, eo tantum casu quæstio est, quando, ante patrẽ primogenitus, dicens lusiĉe extremum. Sed iam reuertamur, vnde digressi sumus.

Non me † etiam prætereat, notabilis in proposito 27 Baldi

Baldi doctrina *in l.1.C.per quas person.ad fin.* resoluẽtis, patrem posse huiusmodi emphyteusin alienare, aliiue filio dare, si ex re sua, seu patrimonio illa processit, quia tunc profectitia censeri debet, *sequitur Greg. Lopez in l.25.tit.9.part.6.in medio*, de qua re nos alibi latius differemus.

Vltimo† pro complemento, huius §. aduerto, nihil frequentius in foro in controuersiam venire, quam, *si: ne haec lex Regia in hoc §. an vero in suo principio obseruanda, in emphyteusi praesumta, ex longissimo nempe temporis cursu acquisita & inducta?* Ego in hac re nihil interesse arbitror inter praesumtam, & expressam emphyteusin, ac proinde censeo emphyteusin p̃sumtã ab expressa regulandã fore, ex Alex. *lib.5.cons.15.n.12.* resoluente, successionẽ emphyteusis, tacitae seu praesumtae, ab expressa nihil differre. q̃ tradit Bald. & Praepos. *in c.fin.de feudo dato, Aymon.de antiq temp fol.113 n.70.in 4.par. Conar.lib.2.resol.c.17.n.4. Molin.lib.1.de primog.Hisp.c.3.n.22.& libr.2.c.6.in fi.* Iuuat, q̃ tradit Dec. *in c.bona, de appell.n.22* vbi firmat huiusmodi emphyteutã p̃sumtũ ad instar veri & expressi incidere in cõmissum, si statuto a iure tẽpore nõ soluat pensionẽ, q̃ ẽt cnm p̃bat, *cons.146.n.2.* Quo argumento idem intelligo, si domino irrequisito, rem ipsam alienauerit, contra formam, *l.fi.C.de iure emph.& infra tit.64.*

27 Verum† quia circa haec varias semper obseruaui concessionum formas, respondebam, attẽdendum esse dñi directi vsum & cõsuetudinẽ ab eo obseruatã, in hisce emphyteuticis concessionib. secundũ q̃ p̃sumtam emphyteusin censendã fore intelligo, ex his q̃ supra dixim⁹ isto c. *n.3.* Aliter vbi de particulari dñi directi vsu & cõsuetudine, non cõstabit, ad loci, cõtractus, vel ẽr regionis vsum, praxim, & consuetudinem erit recurrendum, *vt ibidem diximus.*

ARGVMENTVM.

Nominatio emphyteutica, quoad testium probationem, an etiam scripturam requirat.

SVMMARIA.

1 *Nominatio emphyteutica tribus testibus probatur.*
2 *Duo testes suffi. iunt de iure communi.*
3 *Praecepta iudicialia veteris testamenti non ligant hodie.*
4 *Nominatio facta inter viuos tribus testibus, est cõtenta. nisi fiat ex caussa mortis, quoniam quinque testes requiruntur.*
5 *Donationis caussa mortis solemnitas apud Lusitanos regulatur a solemnitate codicillorum.*
Dispositũ in vno aequiparatorũ habet locum in alio.
Argumentum ab aequiparatis non procedit, in correctoriis, & n.7.
6 *Extensio cessat in correctoriis etiã a maioritate rationis.*
7 *Argumentum ab aequiparatis etiam in correctoriis obtinet.*
8 *Aequiparatio non debet esse in omnibus & per omnia.*
9 *Quãdo aequiparatio procedit a diuersa ratione, cessat argumentum.*
10 *Mortis caussa donatio, ad minus quatuor testes requirit.*
11 *Nominatio corruit, vbi numerus testium deficit.*
12 *Reuocatio nominationis exigit trium testium numerum, fallit in nominationis tacita reuocatione.*
13 *Nominatio emphyteutica, qualiter tacite reuocatur.*
14 *Nominatio secunda exigit publicam scripturam, si prior in publicam scripturam fuit redacta.*
Contractus per easdem caussas dissoluitur, per quas fuit initus.
Solutio aliter quam per aliam similem scripturã probari nequit.
Interpret. Ord.Reg.lib.3.tit.59.§.3.
Pensio beneficialis non extinguitur sine superioris auctoritate, quia neq; constituitur.
15 *Nominatio emphyteutica per testes probari nequit, vbi scriptura est de substantia contractus.*
16 *Pensionum solutio per testes probari potest.*
Interpret.Ordinatio.lib.3.tit.59.§.14.& §.3.& 11.& §.15.
17 *Nominatio facta per apocham priuatam, an dicatur facta per scripturam.*
Instrumenta notariorum apostolicorum, in his regnis non sunt publica.
18 *Nominatio secunda, in apocha facta, non nocet primae.*
19 *Nominans si in iudicio recognouit apocham veram esse, prio i nominationi praeiudicium affert.*
Interp Ordin.lib.3.tit.59.§.10.
20 *Confessio non supplet defectum scripturae, quando illa est de substantia contractus.*
Interp O[illegible] lib 4.tit.19.in prin.& §.fin.& lib.3.titul. 25.§.9 [illegible] quinq; in priuata charta subscripti, non suppient publicam scripturam.
21 *Confessionis probatio est firmior instrumentali.*
Confessionis probatio admittitur post conclusionem in caussa, & contra praesumtionem iuris & de iure, & post terminum.
22 *Confessionis probatio admittitur contra rem iudicatam.*
23 *Confessio facit rem notoriam.*
Cõfessio iudicialis supplet defectum scripturae, nõ extraiudicialis.
24 *Scriptura priuata hominis in dignitate constituti habet vim publicae scripturae.*
Nominatio facta in priuata scriptura per hominem nobilem derogat primam factam per publicum instrumentum. Si tamen ille viuus recognoscat.n.25.
Relatiuum quis vel qui inducit conditionem.
25 *Priuata scriptura a nobili confecta, non recognita eo viuo non tollit aliam.*
26 *Interp.Ordin. Regia.lib 3.tit.59.§.10.*
Dictio implicatiua caret effectu vbi sequitur absurdũ.
27 *Nominationis apocham satis est heredem recognoscere.*
28 *Nominatio prima si fuit facta coram testibus, secunda vero per scripturam, quae praefertur.*
Testamento nuncupatiuo, & codicillis reuocari potest nominatio instrumentalis.
29 *Nominatio instrumentalis semper praeualet.*
30 *Nominatio facta in priuata scriptura cum trib. testibus praeualet.*
31 *Nominatio verbalis facta in fauorem filii praecedit instrumentalem.*

CAPVT VII.

SVbsequitur iam lector humanissime, §.3. quem breui commentario explicare conabimur: quoniam autem huius materiae pertractatio, attentum & beneuolum desiderat lectorem, audi nunc Lusitanum legislatorẽ, tanquam ex adytis profana

nuptias inualidas, non minus amittit filiorũ curã, & tutelam, quam si ad validas transeat, *sequitur Iason, in leg. vbi pactum, n. 24. C. de transactio.*

14 Neque † minus iuuat Romanus *cons. 483.* resoluens, beneficiarium etiam per matrimonium nullum perdere beneficium, quod obtinebat, *tradit post alios Bernard. Diaz in sua praxi, cap. 74. numer. 5. & Couarr. de sponsal. part. c. 6. §. 3. numer. 4. fol. 81. Rebuffus de pacif. possess. numer. 187. Ripa in l. 4. §. condemnatum. ff. de re iudicata, numer. 7. Tiraquell. de retract. §. 6. glossa 2. num. 9 & Franciscus in c. 1. de clerico coniug. numer 3. lib. 6. & ibi Probus, numer. 12.* quamuis ibi, *n. 15.* in contrarium arguat, & hanc partem sequatur Cardin. *in Clem. gratiosa, de rescript. Bello. consil. 74. numer. 4.* Quibus tamen non obstantibus a priore sententia recedendum non est. Neq; obstat primum de iudice delegato, cuius odiosa iurisdictio est, omnino restringenda, *secundum adnotata, in cap. P. & G. de officio delegati,* qua ratione facilius exstinguitur quam ordinaria, vt habetur *in cap. quaerenti, de officio delegati, & in dict. l. iudex posteaquam. ff. de iudic. Menochius, libr. 1. de arbitr. iud. qq. & sentent. quaest 61. per totum.* Quapropter vt ibidem Menochius *d. n. 5.* adnotauit, prædicta cõmunis resolutio, quæ habet extingui iurisdictionem delegatã per sententiam definitiuam etiam nullam, ad extraiudiciales actus extendi non potest. Hos n. qui nulliter ex hominis cõmissione fecit, pluries facere potest, donec valide faciat: Et vtiliter concordat post Innoc. Tellius Fernand *in l. 35. Tauri, ad finem, versic. & hoc,* qui hoc ita obseruandum affirmat, ea auctoritate Innocentii communiter recepti *in cap in literis, numer. 2. de officio deleg.* atque aliorum plurium, quorum meminit. Minus obstat, quod de matre transeunte ad secundas nuptias, diximus, atque etiam de beneficiario, quia eæ traditiones ex eo vigent, quod priuationis ratio non minus procedit, & militat, in nuptiis nulliter celebratis, quam legitimis & iustis. Ii enim enixe præstiterunt, quantum poterant, animumq; & intentionem delinquendi habuerunt, quod ad priuationem sufficit: nõ sic in casu, quem tractamus, in quo dominus directus voluit, quod emphyteuta secũdam, aut tertiam psonam legitime, & valide nominaret, nõ nulliter: quod etiam emphyteutæ magnopere incũbit. Quod cum nõ contingat, vtriusq; intẽtio, & animus deficit: Nil mirum ergo, si possit iterum emphyteuta nominare, quoties nulliter & de facto nominauerit. Ex quibus si contingat emphyteutam nominando delinquere, veluti quia scienter indignum nominauit, vtique functus dicetur officio suo, neque amplius nominare poterit, *vt tradit Ripa, in l. Seruus electione, in princip. ff. de lega. 1. nu. 5. Tiraq. in l. si vnquam. verbo, reuertatur numer. 301. in fin. & Molina lib. 2. de primogen. Hispan. cap. 4. num. 38.*

15 Verum † omnia suprascripta intelligenda sunt in nominatione ipso iure nulla, nulliusque roboris, & momenti, quæ pro nõ facta habenda est, neque nominationis nomen meretur, quemadmodũ neque sententia, aut instrumentũ. sic n. loquitur. *l. 4. §. condemnatum, ff. de re iud. & ibi Iason, num. 1.* Quocirca si contingat sententiam mero iure valere, quãuis ope exceptionis elidi possit, & ad nihilum reduci, officio etiam iudicis, idem Iudex, qui sentẽtiam tulit, poterit iterum cognoscere, & pnuntiare, vt notabiliter voluit Innocent. *in cap. in literis, de officio delegat.* quasi functus nõ sit officio suo, quod elegans dictũ reputat Baldus, & ad arbitrium trahit, *in l. fin. colu. 4. vers. 4. quaero, C. de contrah. emptio.* tradit alios referens, Tiraq. *in l. si vnquam, verbo reuertatur. C. de reuocan. donat. nu. 300.* vbi *n. seq.* ad propositum nostrum inferẽs ait, electores publicato scrutinio posse variare, & iterum eligere, si electio est ipso iure nulla: secus vero si est aliqua, licet veniat annullanda, quia non possunt variare: ita notabiliter explicat Innocentius *in cap. publicato, in princip. de election. & in cap. considerauimus, vbi Doctores, eodem titul.* Concordat Hostiens. Bald. Panormita. & alii, quorum meminit Tiraquell. *dict. loco, nu 301.* resoluens tunc demum per primam nominationem impediri secundam, quando est aliqua, licet veniat annullãda, quoniam ipso iure nulla, & quæ nullius momenti est, secundæ non nocet, quominus fieri possit.

Sed † iam sese offert perutilis quæstio, & in praxi frequens. Finge hypothesin. Ego emphyteuta reuocabiliter Titium nominaui, deinde Seium nulliter etiam nominaui: postea decessi, filium relinquens heredem. Is emphyteusin sibi adiudicandam putat, asserens per secundam inutilẽ, & nulliter factam nominationem, in Seii fauorem, primo loco factam nominationem, reuocatam fuisse. Secũdam autem nullam sibi impedimento non esse, quominus emphyteusin tanquam de nouo nominatus consequatur, per tex. *in §. Et finando sse. infra hoc tit.* Quid iuris? Si recte consideres, huius quæstionis decisio ab eo articulo dependet, *an per secundam nominationẽ nullam censeatur reuocata prior reuocabilis,* quam tractauimus *supra capit. 3. numer. 40. cum sequentibus.* Vbi vide. 16

ARGVMENTVM.

Emphyteuta qui habet nominandi facultatẽ seu eligẽdi: An plures personas nominare possit: & Absenti, & ignoranti an acquiratur ius ex nominatione: & An requiratur stipulatio, vel acceptatio, vel ratificatio.

Nominatio emphyteutica habet vim relicti, & nominatus mortis caussa capit, &

Electio an reuocari possit. Pater an possit stipulari emphyteusin filio absenti.

Et an secundo nominatus, cui res est tradita, primo nominato præferatur.

Emphyteuta præsumtus quoad successionem regulatur ab expresso.

SVMMARIA.

1 *Nominare secundam, aut tertiam personam, si tantũ potest, qui a domino directo, habet facultatem.*

2 *Argumentum a consuetis validum est.*

3 *Clausula solita si omittuntur, habentur pro expressis.*

Consuetudo regionis attendenda est.

Consuetudo loci contractus attendenda: item domini directi consuetudo.

4 *Concessio simplex emphyteutica regulatur secundum consuetudinem domini.*

Emphyteusis praescripta regulatur a consuetudine tãquam vera.

Nominari plures simul ad emphyteusin non possunt.

5 *Nominato ad emphyteusin absenti, & ignoranti acquiritur ius.*

6 *Praesenti & tacenti facta donatio tenet.*

Q

Quilibet de populo potest acceptare pro donatario, dũmodo tamen sit caussa pia.

Stipulari alteri non licet de iure canonico.

7 Acceptatio requiritur etiam in fauorem piæ caussæ.

8 Promissio simpliciter facta caussæ piæ seu Ecclesiæ, etiam minime acceptanti, ad instar voti adimplenda est.

9 Emphyteusis promissa pauperi, absenti non debetur.

Notarius recte pro absente stipulatur, exigitur tamen ratificatio.

10 Nominatio emphyteutica habet vim relicti.

Nominatus mortis caussa capit.

Nominatio inter viuos, absente & ignorante nominato fieri non potest.

11 Speciale ius constituitur in nominationibus, per quas ius transfertur irreuocabile.

Variatio cessat in electione, vbi est facta a iure exsecutio.

12 Cessio non prodest absenti.

13 Electio re integra potest reuocari.

14 Interpret. tex. in capit. si tibi absenti, de præb. lib. 6.

Eligens seu nominans ex officii necessitate, variare non potest.

15 Absenti beneficium non quæritur ante acceptationem.

16 Absenti sola electio præstat ius irreuocabile, quando quis eligitur seu nominatur ad officium seu munus omnino necessarium, quod subire tenetur.

17 Nominato absenti munus voluntarium non acquiritur.

18 Acquisitio legalis etiam ignoranti prodest.

19 Acceptatio necessaria non est, vbicunq; alicui defertur beneficium sine facto hominis.

20 Primus emphyteuta, tanquam procurator, acquirit emphyteusin, nomine successorum.

Emphyteusis continet plures concessiones.

21 Pater stipulatur emphyteusin pro filio etiam absente & ignorante.

22 Nominatus primo loco præcedit, licet secundo emphyteusis sit tradita.

23 Lex quoties, C. de rei vind. etiam in emphyteusi procedit.

24 Nominatus primo loco emphyteusin potest a quocunque possessore auocare.

25 Filius nominatim vocatus ad emphyteusin, priuari non potest, alius successione.

26 Emphyteusis emta a patre libere potest alienari.

27 Emphyteuta præsumtus quando potest variare.

Emphyteuta præsumtus, quoad successionem, regulatur ab expresso, idem quoad commissum contrahendum.

28 Consuetudo domini directi attendenda est.

Capvt VI.

1 Subdit † vlterius legislator *lhesir dado poder q̃ possa nomear, ao dito foro hũa pessoa, &c.* id est, *fuerit ei data facultas nominandi ad prædictam emphyteusin vnam personam.* Vulgus pragmaticorum intelligit hunc textum, quod emphyteuta nominare secundam, aut tertiam personam tunc demum potest, quando illi ea potestas est a domino directo concessa. Quæ sane traditio, inspectis iuris ciuilis concessionibus *pro filiis, seu pro filiis, & heredibus* vtilis est: quoniam ex iuris dispositione de huiusmodi emphyteusi, sub hac forma concessa, parenti disponere non licebat, *vt tradit Angel. post, Iacob. Butric. in l. item videndum. §. item vidẽdum, versi. sed quæro, an pater. ff. de peti. hered. Bald. in cap. imperialem, versic. quæro vtrum pater, de prohib. feud. alien. per Feder. Barbatia in rubr. de feud. Alexand. in l. apud Iulianum, §. si quis alicui, ff. de leg. 1. & Anan. consil. 37. & Cuman consi. 163.* Sed contrarium tenuere Paulus *consi. 161. colu. 4. volu. 1.* & Barbatia *consi. 56. inter consil. Alex. lib. 4.* Quamobrem vtilis est admodum, secundum terminos concessionis prædictæ illa clausula, & potestas a dño directo concessa, nominandi vnum de filiis, qui emphyteusin solus consequatur. Vt obseruauit Decius *consi. 194. col. fin.* Ceterum in his regnis, in quibus ad vitam trium personarum, tam profana, quam ecclesiastica solet emphyteusis concedi, non tam vtilis nec necessaria ea facultas nominandi esse videtur: siquidem etsi non exprimatur, concessa videtur, quando aliter verificari concessio ad vitam trium personarum non potest: nisi cõcedamus eligendi potestatem dominũ concessisse, ordine nempe seruato, quod prima persona nominet secundam, & hæc tertiam.

Sumto † argumento, ab vsitato, seu a solitis, seu a suetis fieri (prout simpliciter facta concessio interpretanda est) quod in iure est probabile, frequens, & valde vtile, text. *notab. in l. si quis donaturus, & ibi glossa, ff. de vsufr. & l. quod si nolit, §. quia assidua, ff. de ædil. edicto. & ibi Bald. text. in l. certi conditio. §. si nummos, & ibi Bartol. Angel. & Doctores Alexand. & Iason, ff. si cert. petat. ibi, Cum quotidie creditores, text. in l. certe, in fin. ff. de precario, text. in l. vt liberis ad fin. C. de collatio. ibi, vt fieri assolet, & ibi notant Alberic. Iason & Doctores §. fin. Inst. de satisdat. cap. cum M. de constit. versicul. mandamus ibi, Sicut consueuit, vbi hoc not. Butrius, Imola, & Panorm. & Felin. glossa in cap. cum Marta, de celeb. missa. cum aliis congestis ab Arelatano, in dict. l. generaliter, C. de secund. nuptiis, num. 61. & ab Antonio Rubeo in l. non solum, §. morte. ff. de noui oper. nunt. nu. 71. & Thoma Grammatico, in proœmio Institutio. a nu. 12. & ab Euerar. in loco legali. 63.* Vbi latius ceteris prosequitur, & in specie Angelus *in §. emphyteusis, in auth. de non alien.* resoluit cõtractum emphyteuticum admittere interpretationem ex huiusmodi argumento, a fieri solitis Concordat Alex. *consil. 1. lib. 5. & consil. 125. eod. lib. Barbat. cons. 63. vol. 1. Rubeus d. § morte. n. 74.* 2

Imo † omissæ clausulæ apponi solitæ, quasi per errorem, & incuriam remissæ, habentur pro expressis, & adiectis, *l. quod si nolit, §. quia assidua, ff. de ædil. edicto.* tradit Iason, *in l. fin. C. de iure emphyt. num. 29. cum seq. tex. in l. 2. §. merito, ff. ne quid in loco public. & in § si quis a principe,* vbi in priuilegio a principe concesso, semper subintelligitur clausula illa, *Sine præiudicio tertii,* apponi consueta, facit text. *in cap. 2. de rescript.* vbi similiter clausula, *Si preces veritate nitantur,* cẽsetur expressa, licet fuerit omissa. Et est ad hoc pulcer casus *in l. fin. C. de fideiuss.* vbi conuento vno de fideiussoribus, non liberatur alius, neq; reus principalis: nec etiam electo vno de correis, liberatur alter, quia hoc quotidie pactis conuentis fit: & licet non exprimatur, pro expresso haberi debet. Concordat tex. *in l. ex ceptio, & in l. circa. C. locati.* Vbi similiter sancitum est, in contractu locationis id, quod fieri solitum est, attendendum esse. Quo argumento idem est resoluendum, in emphyteutico contractu, q maximã habet cognationem, & affini- 3

tatem,cum locatione, *vt not.in §.'adeo, Inſt.locati,*&
conſequenter ſi conceſſa a domioo directo,repiatur emphyteuſis ſimpliciter,ad vitam trium pſonarum intelligenda eſt,neceſſario ea cõceſſio,ſecundũ vſum, & regni conſuetudinem,ſcilicet,quod prima perſona nominet ſecundam,& hæc tertiam. Nihil enim magis dubiam diſpoſitionem ioterpretatur,q̃ reginnis conſuetudo,& vſus, *Decius, & Cagnol.in l. ſemper in ſtipulationibus, an 8.ff.de regul.iur. Barrius, q.263. num.9.Brunus de ſtatuto exclud.fœm art.5.a numer.22.*bonus tex.*in l.ſi prius 17.ff. de aqua pluu arcen. Afflictus q.226.Canar.lib.2.reſol.cap.17. ad ſi. Aymon. conſi.206.n.14.Decius in l.vt liberis,C.de colla. num.12. Segura in repeti. fol. 73. column.3. gloſſa fin. in cap.fin.de officio. archidi.* Qua in re animaduetto, loci conſuetudini, in quo contractus celebratus eſt, præſertim adhærendum eſſe, vt multis comprobat Afflictus, *q.226.bonus tex.iuncta gloſſ. in l.ſi fundus ff. de euictio. tradit etiam Iaſon,in l.a diuo Pio, §.1.ff.de re iudic.numer.11.Alexan.lib 2.conſ.37.nu.7. Rebuf 3. tom.legum Franciæ,tit.1.n.69.Barbatia,in cap.1.de precaria.* Præcedere tamen debet dñi directi vſus & conſuetudo, iuxta quam dubia eius cnnceſſio eſt interpretanda, *Palatius in ca.per veſtras.§.86.col.pen.in ſi.cum ſeq. Decius,d.l.ſemper in ſtipulatio.*bonus tex. *in l.qui ſemiſſes, §.ſi.ff.de vſuris.*

Ex † quibus,ſi dominus directus, emphyteuſin in
4 tertiam generatiooem concedere conſueuit, p perſonis nominandis, ſecundum formam in hac l. Regia traditam, vtiq; ſimplex conceſſio ſecũdum eam cnnſuetudinem interpretata, regulanda erit & cenſenda, quaſi ſub ea forma conceſſa fuiſſe videatur, quod prima perſona nominet ſecundam,& hęc tertiam. Porro ſi p marito,& vxore,& vno ex filiis,oominando, ille conſueuit emphyteuſim concedere, quaſi eo modo,& forma conceſſa fuerit, cẽſenda erit, qnod & in emphyteuſi præſumta, ex longiſſimi temporis curſu inducta obſeruãdum neceſſario eſt, *ex Alex.lib.5.conſil.124.numer.4. & Aymon de antiq. tempor.4.part.n.70.fol.113.gloſſa 2. in l.69.titul.18. Part. 3.*& latius declarabimus *in tractat.de acquiſit.emphyt. q.13.num.19.* Quod etiam intelligo obſeruandum in emphyteuſi ſimpliciter alicui conceſſa, quæ niſi ad eius vitam reſtringatur, in tertiam dicitur generationem cnnceſſa, vt dicemus *in tract.de acq emph.c.11. n.23.* Quod igitur hac lege cauetur, nominare poſſe emphyteutam, cui cnnceſſa eſt nominandi poteſtas,intelligendum eſt, tacite vel expreſſe, vt cõtingir in caſibus ſupra expreſſis.

5 Sequitur † in tex ibi. *Hũa peſſoa,* Pmbat hoc loco legislator, nominari plures ad eandem emphyteuſin ſimul noo poſſe, vt iam diximus *in commentar. de nomina.emphyteuſ q.10.n.34.* quibus addo, haoc legem *in hoc §.* hnc omnino non probare, quoniam hic, & in verbo ſupra proximn, ſolum refert conceſſionis fnrmam.

Subdit † vlterius legislator, *per nominationẽ acqui-*
6 *ri nominato ius emphyteuticum, irreuocabile, etiam abſenti, & ignoranti,* in quo ſane hæc lex admirabilis reputatur quaſi ab omni iuris ratinne, & tramite deflectens. Agnoſcunt enim iuris prudentes donationẽ abſenti factam, & ignoranti, nullũ pſus ius cõferre, aut in aliquo prodeſſe, quominus reuocari donatũ valeat, vt eſt tex. clarus, vbi hoc ita Paulus decreuit *in l.abſenti.10.ff.de donatio. Abſenti.* (inqt) *ſiue mittas, qui ferat, ſiue quod ipſe apud ſe habeat, ſibi habere eum iubeas, donari recte poteſt. Sed ſi neſciat rem, quæ apud ſe eſt, ſibi eſſe donatam, vel miſſam non acceperit, donatæ rei dominus non fit, etiamſi per ſeruum eius, cui donabatur miſſa ſit.* Ecce quam plane Iurecnnſultus docet, abſenti factam donationem, nullum pſus ius conferre, antequam acceptet & ratam habeat, vt ibi obſeruant gloſſa & Doctores, Alexan. *in l.quod meo.ff.de acq.poſſeſſio.& conſil.11a.volu.1. & conſil.131. volum.4.Socinus conſil.53. column.penul. verſ.quo fundamenta vol. 4. Corneus, conſil.190. lit.G. volumin. 1. & conſil. 73.nu.7.vol.3.*aſſerens communem. *Capitius q.18.n. 8.Gazadinus conſil.87. nu.8. Exea de pactis, num 468. Rebuffus, 2. tomo, ll. Franciæ pagin.383 gloſſa 1. in titu.de donatio, inſinua, artic. 2. Pariſius, lib.a3.conſil.88. num.15.* & nouiſſime Iulius Clarus, *lib.4. recept. ſentent.verbo.donatio. q.12.* Ex quorum doctrina, niſi donatio fiat medianre nunrio ſpeciale habente mãdatũ, abſenri facta donatio reuocari re integra põt. Quo ſane argumenro & ratinne idem videtur reſpondendum, in caſu huius Ordinationis, *in hoc §.2.* abſenti, & ignoranti, per nominationem nullum prorſus ius acquiri.

Qund † eo maxime nbſeruandũ eſt, ſi Decii ſen- 8
tentiam pbaueris, aſſeuẽris, ncq; præſenriam donatarii ſufficere, niſi nominatim conſentiat, & donarionem acceptet, vt illi ius aliquod acquiratur. Quæ opinio, rigore, & aſperitate plena eſſe viderur, & manifeſte oppugnare iuris principia, quæ dictant, præſentem, & tacenrem ſatis conſentire, *l.qui patitur,ff.manda.* Quare ſecundũ cõmunem, quicquid Decius,& quidam alii opioentur, ſolam præſentiam ſufficere reſoluendũ eſt, ex his, q̃ ſcripſit Couarr.3. *par.rub.de teſta.n.3.* Ac proinde ſi legis noſtrę verba, hunc ſenſum paterentur, intelligerem ſane illam pcedere, quãdo nnmioatus fuir præſens. Verum quia verba legis manifeſte repugnant, ibi, *Poſto que não ſeja ſabedor,* hic ſenſus refellendus neceſſario eſt, cũ lex Regia palam docear, ignoranri, per nominationem, irreuocabile ius acquiri. Omnis enim, qui ignorat, rem fuiſſe geſtam, abſens dicitur, non pręſens, *& in l.abſentem, ff. de verbor.ſign. Rebuff.d.gloſ.1. n.4.* Quapropter nequit huius legis diſpoſitio iuri noſtri præceptis accommodari, ex quo oporret, pro abſente donatario aliquem acceptare. Vt tradit Decius *in l.poſtquam liti, C.de pactis, n. 22. & Aymon cõſil. 261. in principio,* qui intellexit, poſſe quemcumque tertium, donatinnem etiam ſine donatarii mãdato, acceptare. Quod vtile ſane eſt: quia regulariter alreri ſtipulari nemo poteſt. *§ alteri. Inſtit. de inutilib. ſtipul.* Per quam regulam contrarium videtur reſoluendum, niſi in fauorem piæ cauſſæ fiat acceptatio, quoniam pro ea quilibet de populo ſtipulari poteſt, *gloſ.in verbo, & per te. in cap.quoties. 1.q.7.* quæ etiam obſeruauit de iure Canonico, regulam *§.alteri,* non procedere, a qua ſedulo canendum eſt, quoniam in contrarium eſt communis noſtrorũ interpretũ reſolutio, vt eſt videre per Iaſonem, *in l.ſtipulatio iſta. §.alteri, ff.de verbo. obligatio. nu.5.* Quapropter dict. gloſſæ doctrina neceſſario reſtringenda eſt, ad ſtipulationem factam in fauorem Eccleſiæ, cauſſæ, vel piæ, pro qua ſtipulari quilibet de populo recte põt, ex auctoritate Baldi, *in l.illud. C. de ſacroſ. Eccleſ.nu.2. Iaſon in l.quo Ramo, §.Flauius, ff.de verbo. oblig. nu.24. Canarr.lib.1.reſol.cap.14.num. 14. Galeaula, in rub.ff.de verb.oblig.n.24.*

Quibus † ego addere conſueui, gloſſam notabi- 8
lem,

lem, *in d. l. illud, verbo, alia, in fin.* resoluentem, donationem factam etiam in fauorem piæ caussæ, nisi ab aliquo acceptetur, nullius momenti esse. In quo illa glossa singularis est secundum Iasonem, *d. §. Flauius nu. 23.* & recepta communiter secundum Couarr. *in 3. part. rub. de test. nu. 13. Franciscum, in c. Abbate de re iud. in 6. anten. 4. & Iul. Clar. lib. 4. receptæ sent. in §. donat. q. 12. in fi.* vbi firmat communem, cum Ruino, *libr. 4. cons. 13. nu. 10. & cons. 37. nu. 14. eod.* cui addo, Excam *de pact. n. 469.* & Pelaez *lib. 1. de Maior. au. q. 36. n. 3.* Ex quibus cauendũ omnino est, ab iis, qui asserunt donationem, in fauorem caussæ piæ validam esse, nemine acceptante, q̃a videtur facta Deo semper, & vbique exsistenti, & acceptanti, vt nominatim voluit Paul. *in l. decernimus. C. de sacros. Eccl. n. 3. Fel. in proœmio decret. n. 25. Cotta, in memorab. verbo absenti.* Qui nõ aduerterũt, in contrariũ esse comunem sentẽtiã, secundũ q̃ adeo nulla est, ẽt in fauorẽ caussæ piæ nõ acceptata donatio, vt postea p̃ acceptationẽ minime cõualescat: q̃a a principio, ex defectu consensus donatarii, q̃ in ipsomet actu donationis necessariua est, fuit omnino nulla, vt adnotauit gl. *in l. neq; ambigi, C. de don. gl. 2. in l. consensu, ff. de act. & obl.* ita in indiuiduo resoluit Ripa, *in rub. ff. de verb obl. nu. 21.* & Rubeus *cons. 132. nu. 1.*

8 Verum † quod Paul. & alii intelligunt. Deum pro caussa pia acceptare censeri, defendi potest, qñ aliq̃s simpliciter caussæ piæ, seu Ecclesiæ aliquid promisit dare, aut facere, quooiam nemine acceptãte, ad instar & similitudinem, voti, ipse eius heres, adimplere compelli põt. *l. 2. ff. de pollicita, c. ex part. de censib. & ibi Panorm. n. 1.* Barto. qui hoc ita nominatim explicat, *in d. l. illud. n. fi. C. de sacros. Eccl.* receptus secũdum Galeaulam *in rub. ff. de verb. obl. n. 65.* quod mihi non videtur satis percipera Nouell. *lib. de dote, 6. part. priuil. 1. n. 2. in fi.* vbi vero p̃missio emanauit animo donãdi Ecclesiæ, aut piæ caussæ, necessaria est acceptatio, vt valere donatio possit, *per supra scripta*, quæ cũ non valeat vt donatio, neq; alio modo valere põt. *l. 1. §. si quis ita, ff. de verb. obl.* Bald. qui ita explicat, *in d. l. illud. n. 2.* Vnde si cootingat, me pro paupere virgine marito collocanda centum promittere aureos, ad instar, & similitudinem voti, adimplere cogar & dotem promissam elargiri, secundum Cynum, & Fulgosium, atq; etiam Salycetũ, *in l. 1. C. de dotis promiss. & Decium cons. 35. n. 1.* licet ab ea sententia, recedant Alex. *in l. qui absenti, §. fin. ff. de acqui. poss. Ias. in repet. l. admonendi, ff. de iureiur. n. 148. & Gomez in l. 10. Tauri. n. 19.* quorum opinio per suprascripta defendi potest, vbi ego animo donandi de p̃senti centum dare promisi, quia necessaria est alicuius acceptatio.

9 Hæc † si cupis nostræ materiæ adaptare, finge, Titium nomine dotis in fauorem agnatæ inopis, promisisse emphyteusin dare, cum illa nuberet. Certe ad instar & similitudinem voti, ipsi nuptæ emphyteusin negare non poterit Secus vero, si animo donandi de præsenti promittere dare, cum illa nupserit: quoniam tunc nisi aliquis puellæ pauperis nomine accepter, inanis, inutilisq; promissio est, *per supra scripta.* Quamobrem si notarii adsit stipulatio, validam fore absenti factam donationem passim nostri interpretes resoluunt: opinantes illam amplius reuocari non posse, vt est videre per Couarr. *lib. 1. resol. c. 14. nu. 11.* probat Ordinatio *libr. 4. tit. 63. in princ.* tradit Gomez. *in Epitome, de contract. tit de donat. col. 2. cum seq. Barbatia, libr. 2. cons. 34. a num. 14. & cons. 80. Couarr. in 3. part. rubr. de test. num. 13. col. 2. folio 235. Vincent. in l. 1. C. de pact. nu. 124. Rom. in rubr. Inst. de donat. nu. 14. Molin. lib. 4. de primog. Hispa. c. 2. nu. 67. Iul. Clar. lib. 4. recep. senten. verbo donatio. q. 13. vers. 1.* vbi refert Soc. iuniorem, *cons. 67. nu. 4. lib. 3.* asserentem hanc esse communem sententiam. Thob. *consi. 53. nu. 4.* affirmans cum communi validam esse hoc casu donationem absenti factam, nec ratificationẽ exigi. *ex Ruino lib. 1. cons. 172. nu. 15. Guido Pape, quæst. 49. Soc. cons. 262. col. pen. vers. secundo respondetur. volu. 2. Corneo. lib. 4. cons. 2. vers. præterea Roma. cons. 513. nu. 3. Alex. Aret. & Ias. in l. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verb. obl. Aret. cons. 74. n. 10. Dec. cons. 239. col. 4. vers. 3.* Licet contradicat Bertrandus, *libr. 3. cons. 185. nu. 7.* exigens ratificationem donatarii quo illi iua quæratur, ex regula *l. si ego. ff. de nego. gest.* concordat Dec. *in l. contractus, ff. de reg. iur. nu. 14. limit. 5. & nu. 16. atq; etiam cons. 226. & Paul. Socin. Decius, Cagn. Curtius, Ruin. & Pari.* quorum ad id meminit firmana cõmunem sententiam Thobias Nonius, *cons. 84. nu. 4.* Decium & Cagnolum, reperies *in l. quo tutela, ff. de reg. iur. in fin.* vbi hanc firmant commuoem & Tiraquel. *lib. de const. lim. 30. n. 9. Alban. cons. 26. nu. 1.* cuius etiam opinionis fuit Alciat. *in l. 2. §. ex his, nu. 3. ff. de verb. obl. & in c. cum contingat, nu. 324. vsq; ad num. 231.* asserens ante ratificationem huiusmodi donationẽ a notario, stipulatam esse nullam: adeo vt a donatarii heredibus rata haberi non possit. Et hanc dicit esse communem. Cuius contrarium ex supra scriptis constat, verum esse, idque magis placuit Iulio Claro, *lib. 4. sentent. verbo. donatio. q. 13. vers. primo ego.* Firmans magis receptam sententiam esse, interueniẽte notarii stipulatione donatarii ratificationam necessariam non esse, quoniam per eam est illi iua quæsitum irreuocabiliter, etiã ante ratihabitionẽ, vt cum Soc. iun. *cons. 118. nu. 12. vers. non obstat tertia, lib. 2. & num. 26.* firmante hanc esse communem, resoluit Iul Clar. *d. q. 13. vers. aut vero.* Vbi etiam citat Couar. Tiraq. & alios nouiores, qui hanc nostrorũ auctorum varietatem, & in constantiam temporare conantur. Quod vero ad instructum attinet; siue hanc, siue illam probes sentẽtiam, semper legis nostræ dispositio periclitatur, quia secundum vtramque necessaria est ootarii stipulatio, quo valida censeri possit donatio absenti facta. Quamobrem nullo prorsus iure huius legis Regiæ dispositio defendi potest, quoniam absenti & ignoranti iua emphyteuticum ex sola emphyteutica nominatione concedit ac tribuit, & si pro illo nemo acceptauerit, nec ille ratam habeat nominationem. Qua ratione merito hæc Ordinatio plerisque nostri ordinis grauissimis viris admirabilis visa est.

Ceterum † doctissimus, & Iureconsultissimus, & omni æuo memorabilis, Senator Regius olim, Ant. Francisc. ab Alcacoua, socer meus meritissimus, cuius disciplinæ, quicquid in nobis eruditionis est acceptum referimus, (vt reperi in quibusdã eius collectaneis, ad hanc ordinationem, seu hypomnematis) interpretabatur, hanc legem Regiam, hac in re, quemadmodum, & in reliq̃s amplexã fuisse, singularẽ sententiam Bar. *in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* asserentis, huiusmodi nominationes, q̃a respiciũt, ac intuentur, & cõtinent, actum quendã successionis post mortem, assumunt naturam relictorum in vltima voluntate, qua ratione fieri possunt, in fauorem absentis, & ignorantis, quemadmodum 10

sancitum est. Aliter & si ad traditionem rei emphyteuta procedat, impediri reuocatio non poterit: quoniam, vt iam diximus, rei traditio, quæ ad exsecutionem præcedentis tituli pertinet, illius obseruat naturam, & consequenter tacitam habet ad tẽpus mortis relationem, & sic reuocabilem naturã, vt in donatione caussa mortis obseruandum probat Iurceonsultus, *in l. non omnis, ff. si cert. pet. Bart. in l. legatum, ff. de leg. 2. n. 3.*

38 Vnde † si eum titulo dotis concurrat vsusfructus reseruatio, per dictionem taxatiuam, *tantum, dumtaxat*, aut similem, sine vllo scrupulo resoluendum est, cessare reuocationem, quoniam in hac specie constat, dotem constituentem cetera iura emphyteutica cessisse, *vt diximus*, obseruandum in nominatione, quæ irreuocabilis sit, quoties emphyteuta, vniuersum ius emphyteuticum cessit, aut aliter constat, ius, & potestatem variandi a se abdicasse, vt contingit, quando promisit, non reuocare: satis est enim ad impediendam reuocationem, rem animo, perpetuo dandi, & penes accipientem permanendi esse traditam, *l. sed nisi, 9. ff. de iure dotium.*

37 Limitatur † etiam lex ista, nisi emphyteuta, ius emphyteuticum cedat, & transferat, ex aliqua caussa onerosa vltro, citroque obligatoria, qualis est emtionis, & venditionis, seu permutationis, ex qua caussa cessat, & tacita nominatio, quæ in eo est irreuocabilis, ne quo modo bona fides contractus claudicet: quod lex Regia innuit, hic in princ. ibi, *que per titulo de dote, quer per qual outro, &c.* Adde similem ex Afflicto, *q. 244. Panormit. in cap. 2. de ferijs, n. 1. & ibi additio. Felini, in cap. sedes, de rescript. n. 6.* idq; efficacius probat legislator ibi. *Poudera dispoer da dita cousa, como diremos no titulo seguinte*, quo in loco comparat nominationem, cum totius cessione, cõtractui emtionis, *de quo infra tit. seq.*

38 Limitatur † etiam Ordinatio nostra, si is, qui totum ius emphyteuticum cessit, nominatim sibi reseruet, potestatem de eadem re emphyteutica disponendi pro arbitrio, & voluntate sua, vt explicat Parisius *lib. 3. consil. 33. a numer. 57.* quo in loco defendit hanc reseruationem disponendi, dum vixerit, ad dispositionem inter viuos tantum esse referendam, non ad testamentariam: Quod etiam contemnendum non est.

39 Vltimo † pro resolutione huius principii aduerto, hanc legem Regiam restringendã fore ad casum dumtaxat, in quo loquitur, hoc est, ad concessionem factam ad tempus mortis, seu cum emphyteuta morietur. Cui quidem hypothesi, conueniunt optime, quæ de reuocanda nominatione scripsimus, non sic, quando simpliciter alicui fuit nominandi concessa potestas, *vt infra in §. 1. hoc titu.* in qua specie, cũ semel nominãs sit quasi suo officio functus, amplius nominare non potest, *vt in d. §. 1. differemus.* Vnde si contingat, alicui concedi potestatem nominandi in vita, vel cum morietur, vt passim emphyteusis concedi, in his regnis consueuit, *Para vos Titio, & vossa molher, & hum filho, ou filha que o derradeyro de vos nomear em sua vida, ou a hora de sua morte,* vel sic. *Pera vos Titio, em primeyra vida, & que possaes nomear a segunda em vossa vida, ou a hora de vossa morte, & que esta segunda poro mesmo modo possa nomear a terceyra,* ex parte pragmatici, & diu in foro versati, non inficiabuntur, omnes fere emphyteuticas concessiones ad hanc vulgarem formulam hisce temporibus apud nos, plerumque reduci, iisdemque adaptari huius Ordinationis Regiæ dispositionem, quod & Doctores eruditissimi passim admittunt. Ego vero contrarium opinor, ingenueq; agnosco, in huiusmodi concessionibus, directum dominum, non simpliciter ius & potestatem nominandi, *cum emphyteuta morietur*, sed magis alternatiue, quando ille noluerit viuus nominare. Vt plane ostendunt illa verba, *em vossa vida, ou a hora de vossa morte.* Ex qua verborum concessione, duplex resultat nominãdi potestas, altera, in vita, altera in morte: alternatiue tamen, vt sic possit emphyteuta, ea vti, quæ sibi magis placuerit, & iuxta eam formam nominare. Quamobrem si contingat, emphyteutam eligere viam seu potestatem nominandi in vita, quod facere recte potest, cum sit in vita, aut in morte nominandi facultas concessa, vtique semel factam nominationem reuocare nõ poterit, ex regula tex. *in §. 1. infra hoc tit. & in l. apud Aufidium, ff. de optione legata.* tradunt scribentes, *in l. si tam electione, in princip. ff. de legat. 1.* Sibi enim debet imputare emphyteuta variandi studiosus, qui viam elegit, per quam semel tantum, & non pluries, potest nominare. Etenim simulac inter viuos nominauit. videtur sine dubio alteram partem alternatiuæ, & sic facultatem nominandi, cum moreretur, neglexisse, ex regula *l. cum prætor, ff. de iudiciis, & l. maximum. C. de procurator.* Quapropter naturæ alternatiuæ, quam elegit, adhærere debet, & potestate reuocandi semel factã nominationem carebit, perinde ac si sibi nominandi potestas, simpliciter fuisset concessa, vt *in §. 1. infra hoc tit.* sancitum est.

Id † enim ordinarii iuris est, habẽtem duo remedia, electo vno, alterum cõquiescere, vt notatur *in l. fin. C. de codicill. vbi Doctores, & Boerius, q. 33. num. 15. Massa, in tractat. de obligat. in forma Cameræ, pagin. 80. Cotta in memorialibus, verbo. statuto. versicul. tertio quero. tradit Boerius in l. consentaneum, C. quomodo & quando iudex, numer. 83. Mynsinger. in lib. decisio. Cam. Imperial. centur. 3. q. 23.* Ex quorum traditione deducitur, verum esse, quod asserimus, emphyteutam, cui est alternatiue concessã potestas nominandi, in vita, aut cum morietur, secundã vel tertiã personam, simul ac in vita nominauit, amittere ius & facultatem alternatiuæ, & consequẽter nominandi potestatem, cũ morietur, & perinde censendum esse, ac si simpliciter tantum, aut in vita, illi nominandi potestas fuisset concessa: in qua specie semel tantum, & non pluries nominare fas est, *vt in §. 1. infra eod.* Quod nos ita aliquando, in caussa maximi momenti respondimus, non sine magna nostrorum pragmaticorum, & Curialium nostrorum admiratione, qui hanc nouam esse animaduersionem ingenue fatebantur, & summopere obseruandum. Inducebam etiam in hanc rem textum elegantem *in l. post diem 7. ibi. Neq; variare ff. de lege commissor.* & quod in eius ornatum tradit Tiraquell. *libr. 1. retract. §. 1. gloss. 10 numer. 20. & 22.* & *lib. 2. §. 4. gloss. 10. nu. 2. & Boerius, q. 309. nu. 5. Gigas de pensio. q. 73. iam Tiraq. in l. boues, ¶. hoc sermone, limit. 1. numer. 14. ff. de verbo. signif.*

Etsi † non ignorem quosdam, ne a vulgo probata sententia recedant, respondisse, primam illam alternatiuæ partem *em sua vida*, in fauorẽ emphyteutæ adiectã esse, vt nõ modo, cum moreretur, no- 41

nare

nare posset, sed etiam & in vita, ne quis dubitare valeat, cum etiam in vita nominare posse. Qua ratione etiam ad hunc effectum, censent, in fauorem emphyteutæ ad omnem difficultatem submouendam, illam clausulam fuisse adiectam, ac proinde absurdum esse, existimare, illum semel factam in vita nominationem reuocare non posse, contra *l. quod fauore, ff. de legib. & l. legata inutiliter, ff. de adim. legat.* Quam sane interpretationem ego nunquam probare potui, dum considero ordine turbato viros illos, priorem partem alternatiuæ, ad augmentum posterioris additam fuisse, intelligere, cum contrarium verius sit, secundam partem alternatiuæ, in fauorem & augmentum primæ adiectã censeri: quare numerus primus, seu prima pars alternatiuæ, ad augmentum secundæ adiecta dici nequit, quia hæc adhuc non est in rerum natura. Quare perperam asserunt illi, exstante prima concessionis suprascriptæ forma, primam partem, augere & declarare secundam, vt sit sensus, emphyteutam posse non modo, cum morietur, verum etiam & in vita nominare cum potestate reuocandi: Quod sane iuris ratio non admittit, neque rectus sermo patitur: Imo cõtrarium verius est, vt non modo emphyteuta, in vita semel, & irreuocabiliter nominare possit, sed etiam reuocabiliter per actum & viam vltimæ voluntatis, iuxta quam interpretationem illa pars secunda alternatiuæ, *ou a hora de sua morte*, fuit adiecta, ad augmentum, & ampliationem prioris, *em sua vida*, vt non minus in morte, quam in vita emphyteutæ, ad emphyteusin sub ea forma concessam nominare liceat. Quæ fuit necessaria ampliatio ad submouendam difficultatem a Parisio tractatam, *libr 3. consil. 33. a nu. 57.* negante habentem facultatem disponendi in vita, posse testamento disponere.

42 Denique † abs re dictum esse videtur, priorem illam partem alternatiuæ, per quam fuit concessa potestas nominandi in vita, fuisse inductam ad ampliationem secundæ, in qua fuit concessa facultas, eligendi in morte: quoniam, vt iam supra aduertimus *cap. 3. num 14.* qui habet potestatem nominandi cum morietur, potest viuus nominare, vt habetur *in l. cum pater, §. a filia. ff. de legat. 2.* Ex quibus prædicta solutio, & interpretatio omnino reiicienda est, quamuis non careat, grauissimis viris huius factionis auctoribus?

ARGVMENTVM.

Variare nequit, cui simpliciter est concessa nominandi facultas, nulla facta mortis mentione. Et Emphyteuta, quando possit nominationem seu electionem a se factam reuocare?

SVMMARIA.

1 *Variare nequit, cui simpliciter est concessa potestas nominandi seu eligendi, nulla facta mortis mẽtione.*
2 *Variatio cessat, vbi iam est nominato ius quæsitum, per solam nominationem.*
3 *Potestas nominandi concessa in contractibus potest reuocari.*
4 *Vltima voluntas nequit esse in pendenti.*
5 *Nominationis reuocatio cessat, vbi per nominationem ius acquiritur nominato.*
Emphyteuta nominãs solũ declarat, ideo non variat.
Nominatio sola sine traditione præstat vtile dominiũ.
6 *Nominans quando sibi reseruauit potestatem iterum nominandi, aut de re disponendi, variare potest.*
7 *Potestas reuocandi debet reseruari in ipsa nominatione.*
Nominatus repetit expensas factas ab emphyteuta.
8 *Nominatio si est nulla, impedimento esse non potest quominus alia fiat.*
Actus nullus non est actus.
9 *Interpretata Ordinatio, lib. 1. tit. 12. §. 5.*
Iurisdictiones sunt distinctæ, Ecclesiastica & secularis.
10 *Iudex secularis si velit cognoscere, de re seu caussa ad iudicem ecclesiasticum pertinente inhiberi potest, & per censuras ecclesiasticas compelli, ne de caussa cognoscat.*
11 *Acceptatio nulla non nocet exspectanti.*
Alienatio nulla non præstat actionem commissi.
Electio nulla non impedit aliam posse fieri.
12 *Paria sunt non eligere vel nulliter eligere.*
Paria sunt non præsentare, vel nulliter præsentare.
13 *Primo actu etiam nullo consumitur potestas data ab homine.*
Delegati potestas exspirat per sententiam nullam.
24 *Beneficium perditur etiam per matrimonium nullum.*
Indignum eligens etiamsi nihil agat, amplius nominare non potest.
15 *Nominatio quando est ipso iure nulla reuocari potest per aliam, non quando mero iure valet, licet ope exceptionis vel alia elidi possit.*
Sententia quando est ipso iure nulla, iudex qui eam tulit poterit iudicare.
16 *Nominatio etiam nulla reuocat primam reuocabilem.*

CAPVT V.

Desiderat † iam susceptæ ab initio materiæ institutum, vt ad §. 2. explicationem progrediamur. Subdit igitur Lusitanus legislator. *E se no contracto do foro principalmente feito entre o foreiro, & o senhorio, lhe for dado poder que possa nomear, ao dito foro hũa pessoa nano fazendo mencano no dito contracto de morte, em tal caso despois que elle huma vez nomear alguma pessoa, nano podera mais renogar essa nomeacano, nem fazer outra segunda, perque a primeyra seia renogada, & ainda que a fica, nano valera, porque por a primeyra nomeacano postoque o nomeado, não seia sabedor da dita nomeacano he acquirido tanto direito ao nomeado, que lhe nano pode ja ser renogado,* id est, *sin autem in contractu emphyteutico præsertim, inter dominum & emphyteutam celebrato, potestas tribuatur, nominandi ad emphyteusin vnam personam, remota mortis mentione: tunc si semel elegerit vel nominauerit, prædictam nominationem minime reuocare poterit, neque alteram posteriorem facere, qua prior reuocetur: & quamuis faciat nullius erit momenti, quoniam ex prima nominatione (quamuis nominatus ignorauerit prædictam nominationem) tantum iuris nominato acquisitum est, vt amplius ei adimi non possit.* Hactenus Lusitanus legislator, qui palam voluit restringere dispositionem superius initio tituli propositam, vt solum procedat, & locum habeat, vbi emphyteutæ fuit a domino directo concessa nominandi potestas, *cum moreretur,* quo casu ille text. loquitur, vt ibidem aduertimus, ex singulari illa ratione, quod omnis actus habens relationem ad 1

tempus mortis, eo vsque reuocari potest: Non si quando emphyteutæ simpliciter, nulla prorsus mortis facta mentione, nominandi potestas tributa fuit, quoniam hoc casu quemadmodum prædicta ad tempus mortis relatio cessat, & variatio seu variandi potestas indulta cessare debet. Eam autem tunc demum ipse dominus cõcedere visus est, quãdo per relationem ad tempus mortis, nominandi facultatem elargitus est, & hoc innuit legislator, ibi dum subdit, *Não fazendo mencão no dito contracto de morte, não podera mais reuogar, &c.* id est, *non facta in contractu mortis mentione, reuocandi sublata omnino facultas est.* Quæ resolutio iuris præceptis consentanea est, vt est videre per Bartolum, *in l. vnum ex familia, in fin. princ. ff. de leg. 2.* vbi postquam, *numer. 1.* obseruauit, ex eo text. habentem potestatem eligendi vnum de familia, cui restituere fideicommissum debeat, eum morietur, posse semel factam electionem reuocare. Opponit de *l. statuliberum, §. Stychum, ff. de legat. 2.* Vbi heredis electioni testator cõmisit, vtrum vellet mihi Stychum, aut Pamphilum dare: & semel factam electionem non posse heredem variare Pomponius scripsit, in hæc verba, *Cum autem semel dixerit heres, vtrum dare velit, mutare sententiam non poterit.* Opponit etiam de *l. huiusmodi 84. §. Stychum, ff. de legat. 1.* Vbi similiter Iulianus casum posuit, in quo heredi fuit commissum, vtrum, vellet, daret: & respondet. *(cum autem semel dixerit heres, vtrum dare velit, mutare sententiam non poterit:* ex quorum Iureconsult. responsis plane colligitur, habentem potestatem eligendi, semel tãtum eligere posse, neque amplius mutandi voluntatem, facultatem habere. Cui difficultati respondens Bartolus (quod ad rem spectat) inquit. iden Pomponium, & Iulianum in dictis iuribus respondisse, neutiquam posse heredem variare, quia simpliciter, non per relationem ad tempus mortis, illi fuisse concessam eligendi potestatem constat. Et hæc est ab scribentibus vtrobique recepta sententia, & *in l. seruis electione 5. in princ. ff. de legat. 1.* Vbi etiam concordans Paulus ait, serui electione legata, semel dumtaxat optare possumus, *& ibi late per Doctores.* Functus est enim officio suo, is, qui eligere debet, cum semel elegit, *vt tradit Baptista, in l. diem functo, ff. de offic. assessoris, numer. 8. & 9.* Quod in huiusmodi electionibus, seu nominationibus, necessariis admittendum est, *ex Bartolo, Paulo, & Panorm.* quorum meminit Fortunius, *in l. 1. ff. de pactis, n. 43.* Fouetque vulgaris illa regula, quod semel placuit, *de regul. iur. in 6. & in l. nemo mutare, ff. eod. titul.* per quam passim interpretes nostri negant potestatem variandi, maxime in præiudicium tertii, *vt traditur in cap. publicato, de electio. Panorm. in cap. cum sicut, de iure patron. & in cap. cum Bertoldus de re iudi. Doctores in l. seruis electione, ff. de legat. 1. & in d. l. huiusmodi, §. Stychum, eod. tit. rursus, & in l. apud Aufidium, ff. de optio. leg. tradit Quintilianus Mandosius in regula Cancell. 32. q. 18. numer. 13.* inferens proinde *num. 14.* habentem potestatem declarandi, semel tantum posse declarare, *glossa verbo secundum, & ibi Bartol. & alii, in l. quicquid adstringende, ff. de verbo. oblig.* Quare, vt eo loco Mandosius probat, qui semel potest nominare, factã nominationem reuocare nõ potest, *vt voluit Rota, nona, 22. & 35.* cuius etiam meminit Tiraq. *in l. boues, §. hoc sermone, Fallen. 23. n. 4. Felinus in capit. ex parte decani, nume. 15. versic. item dicas, de Episcopis, extra, de rescript. latius Loazes in §. Diui. l. filiusfamilias, ff. de legat. 1. nu. 37.* Quod etiam Tiraq. *in l. boues, § hoc sermone, ff. de verbo. sign. limit. 9. n. 9.* tradit obseruandum in electione, quæ ab homine concessa semel facta reuocari non potest, *vt habetur in cap. si compromissarius, de electio. in 6.*

Ex † quibus proculdubio verissima redditur hu- 1
ius legis Regiæ differentia, constituta inter nominandi potestatem simpliciter emphyteutæ concessam, nulla prorsus mortis facta mentione, & cõcessam facta relatione ad tempus mortis, quoniam, vt prædiximus per hanc facta nominatio reuocari potest, quasi id dominus cõcesserit, per illam vero minime, quasi negauerit & voluerit, quod semel tantũ, & non pluries posset nominare. Quæ sane ratio differentiæ reiicienda neutiquam foret, nisi lex nostra Regia aliam longe dissimilem addidisset, ibi *Porque per a primeyra nomeacano he acquerido tanto direito ao nomeado que lhe não pode ja ser renogado.* Quibus quidem verbis non videtur lex Regia eam differentiæ rationem confirmasse, a nobis suprascriptam, quod in casu huius §. 2. visus est dominus directus variandi facultatem negare, sed ex eo id obtinuisse, quia per eam nominationem est nominato ius emphyteuticum irreuocabiliter acquisitum. Quæ est ratio, propter quam Bartolus, & alii Doctores communiter, *in d. l. serui electione, & in d. l. vnum ex familia,* probat, *in d. l. huiusmodi, § Stychum, & in d. l. statuliberum, §. Stychum ff. de leg. 2.* negari variationem semel factæ electionis, quæ reuocari non potest. qa ipso iure est legatario ius acquisitum, quasi a principio pure & simpliciter legatum illi fuisset relictum. Et hæc est ad illa iura necessaria decidendi ratio, a Iurecoonsulto tradita, *in d. l. apud Aufidium, 20. ff. de optio. lega.* ibi. *Quia omne ius legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit quia etiam res continuo eius fit, simulac dixerit eam se sumere.* Cui quidem decidendi rationi adhærere Lusitanus legislator *in hoc §. 2* voluisse videtur, quatenus negat, emphyteutæ variandi potestatem, quia semel facta nominatio ius præstat nominato, irreuocabile. Quod etiam obseruauit Bartolus per text. ibi *in l. si is cui, 19. ff. de legat. 2.* resoluens minime nocere, quod eligens ignorauerit, sibi concessam fuisse electionem: quoniam per electionem facta est executio per dominii translationem, quare negari debet variatio, *Socinus, d. l. serui electione, col. 3. ff. de legat. 1. Bartol. in l. insulam, q. 4 ff. de verbo. obligat. Gomezius in epitome contract. cap. 11. ante numer 44. tradit Peralta in l. 2. ff. de legat. 2. nu. 1. Tiraquel. in l. boues, §. hoc sermone. ff de verbor. sign. Fallen. 23. Menesius, d. l. vnum ex familia, §. sed si fundum. ff. de legat. 2. nu 13. Tellius Fernand. l. 35. Tauri, n. 1.*

Verum † hæc ratio, quæ communis est, & neces- 2
sario obseruanda, *vt superius aduertimus,* si recte cõsideres, nostræ legis Regiæ dispositioni adaptari non potest, quæ loquitur in potestate nominandi cõcessa in cõtractu emphyteutico, quæ reuocari sine dubio potest, quamuis nequeat concessa in vltima voluntate, quo casu tantum loquuntur iura a nobis supra adiecta, non in concessione per viam cõtractus, qualis est ista, quam tractamus, omnino restringẽda *per l. cum qui certarum, §. fin. ff. de verb. oblig.* Vbi hinc ita Bartol. & Doctores probant, communiter Ripa *in d. l. serui electione, n. 15. ff. de legat. 1. Tiraq. d. l. boues, §. hoc sermone, limit. 15. ff. de verbo. signif. n. 9.* & est com-

muniis

communis ſcribentium reſolutio, *teſte Molina lib. 2. de primog. Hiſpan. cap. 4. nu. 35.* reſoluente hanc differentiam obſeruandam inter poteſtatem cõceſſam in teſtamento, & contractu. Nam quamuis p illam facta nominatio, reuocari non poſſit, ex ratione ſupraſcripta, quia facta eſt executio, & ipſo iure quæſitum dominium, *vt modo diximus, & tradit ibidem Molina. numer. 22. cum ſeq.* Per hanc nihilominus facta nominatio reuocabitur: quia ex contractu, nõ ſolet ipſo iure fieri executio, & dominium trãsferri, *ſecundum ea, quæ notantur, in l. traditionibus, C. de pactis.* Quocirca in contractibus illa ceſſat ratio, propter quam in vltimis voluntatibus variatio negatur, *vt aduertit gloſſ. fin. in l. ſi ita liberum. §. . ff. de legat. 2.* communiter recepta ſecundum Vincentium de Herculan. *in d. l. ſerui electione, col. 3. in fin. ff. de legat. 1. & ibi Bartol. nu. 2. Iaſon. 11 & Ripa, 15. & Alciat. 2. gloſſ. Grego. Lupi in l. 25. tit 9. Part. 6.* quamuis a ratione gloſſæ, Paulus, Baldus, & Imola ibidem recedant. Verum tamen eſt, quod vbi ſola electio, non præſtat dominii executionem, quemadmodũ contingit in electione competenti per viam contractus, quamuis illa teſtamento fiat, quia a primo concedente electus capit, non ab ipſo nominante, *vt diximus per d. l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* in conf. ſſo eſt, negari non poſſe, variationem, quia ceſſat ratio Iureconſulti, *in d. l. apud Aufidium, ff. de optio. lega.* vt præfati interpretes docent, & Bartolus receptus, *in l. . nu. 12 ff. de legat 1.* firmans proinde negari non poſſe variandi poteſtatem, quando teſtator conceſſit eligendi facultatem rerum alienarum; quo caſu, quia facta electione rei, rei electæ dominium non acquiritur (inquit) concedi variatio debet, *tradit poſt alios Iaſ. num. 14. d. l. ſerui electione, & ibi Alciat. n. 2 Iaſ. etiã in l. huiuſmodi. §. Stichum. ff. de leg. 1. n. 2.* quamuis aliter loquatur Alexand. *in l. ſi quis ſtipulatus, nu 7. ff. de verb. ob.* & Coſta præceptor meus, *lib ſelectarum, 2. cap. fin. n. 7.*

4 Quæ † profecto differentia inter poteſtatem nominandi conceſſam in vltima voluntate, & contractu, eo mihi magis placet, quia ex noſtris auctoribus nonnulli intelligunt id o ceſſare variationẽ, quando teſtator conceſſit eligendi poteſtatem: quia vltima voluntas non poteſt eſſe in pendenti, vt cum cõmuni reſoluit Peralta *d. l. ſi ita liberum, §. Stichum, n. 5. ff. de legat. 2. pag. 155. gloſſ. in l. 25. titu. 9. part. 6. in princ.* Quæ ſimiliter ratio in contractibus deficit, *vt in eodem loco Gregor. Lupus aduertit.* Quamobrem legis noſtræ diſpoſitio, *in hoc §. 2* quatenus emphyteutæ negat variandi poteſtatem, & ſemel factam nominationem reuocandi, eximio olim Iureconſulto Gonçalo Valaſco Pinto, rudis, indocta, & omnino iuris noſtri præceptis repugnans viſa eſt, dum *legem vnum ex familia*, interpretaretur in Conimbricenſi gymnaſio.

5 Ego † autem (parcant mihi piiſſimi manes illius excellentiſſimi viri) contrarium cenſeo, intelligoq; hanc legem Regiam *in hoc §. 2* Iureconſultorũ traditionem obſeruaſſe, & ſecundum eorum doctrinã reſpondiſſe, emphyteutam, ſemel factam nominationem reuocare non poſſe: quia per eam nominationẽ ius emphyteuticum irreuocabile nominato acquiritur: quo caſu dicitur etiam executio facta, nõ minus quam per electionem, ſeu nominationem, ex teſtamẽto ſtatutam. Quamobrẽ nulla prorſus poteſt differentia, inter contractus, & vltimas voluntates conſtitui, *vt tradit Iaſon in d. l. ſerui electione, ff. de legat. 1. n. 14. & ibi Ripa, n. 15. Tiraq. in l. ſi vnquam, C. de reuoc. donation. verbo, reuertatur, numer. 153. Ripa etiam in rub. ff. de re iud. numer. 69 Molina. ... Reuſ. §. 10. numer. 10.* Et hoc eſt profecto quod noſtra lex Regia, in §. 2. ſubdit. *Porque por a primeyra nomeacão he tanto dereito acquirido ao nomeado, q se lhe não pode ſer tirado.* Quæ quidem verba, & ſi prolata ſint, per viam rationis, non diſpoſitionis, palam nos docent, id ſpeciale habere has emphyteuticas nominationes, vt ipſo iure, & ſi ad traditionem proceſſum non ſit, plenum ius emphyteuticũ acquiratur, quod in vtili dominio conſiſtit. Quapropter nulla iuris ratio admittit, poſſe has emphyteuticas nominationes, ab electionibus teſtamentariis ſegregari, quæ magis coniungendæ ſunt, ac copulandæ ſiquidem in vtriſq; ipſo iure ſit executio, & transfertur dominium, quæ mihi firma & ſtabilis videtur decidẽdi ratio. Vt interim miſſum faciamus quod nonnulli aiunt, in hac ſpecie emphyteutã nuncium dumtaxat declaratoris miniſterium exercere, quare neque variare poteſt, *vt tradit Peralta in l. vnum ex familia, § ſed ſi fundum, nu. 2 ff. de leg. 2. pag. 581.* Qualiter autem defendi queat ex ſola nominatione ipſo iure acquiri nominato ius emphyteuticum vtileq; dominium, inferius tractabimus *in comment. de acquiſ. emphyt.*

Reſtringi † tñ ſupraſcripta poſſunt, quando nominans, nihilominus ſibi reſeruauit, facultatẽ iterũ nominandi, ſeu de ea re emphyteutica diſponendi, quoniã hoc caſu magis videtur nominaſſe per relationem ad tempus mortis, quam inter viuos irreuocabiliter, & propterea variare & alium nominare libere poteſt, vt reſoluit Pariſius *lib. 3. conſ. 33. nu. 57.* Vbi poſtquam per multa probauit, donationem, de qua ibi inter viuos, & conſequenter irreuocabiliter factam fuiſſe: ſubdit, omnia ceſſare, propter reſeruationem factam a donatario, quod poſſit nihilominus pro arbitrio ſuo, ſi vellet, de eadẽ re diſponere. Quod & Pariſius pbat, *conſ. 90. eod. lib. 3.* reſoluens huiuſmodi donationem inter viuos factam, reſeruata variãdi, ſeu illã reuocandi facultate, reſolui in conditionalẽ, niſi reuocetur. Et habent Hiſpani legem optimam *17. Tauri, ad ſi.* Vbi poſtq̃ ſtatuit meliorationem de tertio filio factam, & traditam reuocari non poſſe, ſubdit, *ſino reſeruaſſe el que lo hizo en el miſmo contracto, el poder para lo reuocar*, & ibi gloſſ. obſeruauit rationem eſſe, quia hæc reſeruatio, efficit donationẽ conditionalem vt obſeruauit Speculator *in tit. qui filii ſint legitimi, verſ. ſed nunquid.* & Innocen. *in c. verum. de foro comp.* iuxta quam declarationem hæc lex Regia interpretanda eſt, ac reſtringenda, niſi emphyteuta nominans variandi facultatẽ ſibi reſeruet: quoniam tũc reuocare nominationem põt. tam in vita, quam in teſtamento, ſeu qualibet alia vltima volũtate, ſi modo reſeruatio indefinite facta ſit. Alter ſi limitata reperiatur, ad actũ inter viuos, teſtamento facta reuocatio impedimento non erit, *ex reg. l. in agris ff. de acq. rerum dom. & l. cum prætor, ff. de iud. cum aliis, quæ tradit Pariſ. d. lib. 3. conſ. 33. n. 57 cum ſeq.*

Intelligo † etiam huiuſmodi reſeruationẽ reuocandi, oportere ſtatim in ipſomet inſtrumento nominationis fieri, non ex interuallo. *vt d. l. Tauri. 17.* plane innuit in illis verbis, *en el miſmo contracto.* Aliter enim quemadmodũ ſemel facta inter viuos do-

natio,neq; modum,neq; conditionem,aut modificationem recipit, nisi accedat donatarii consensus, vt habetur in l. perfecta donatio. Cod. de donatio. qua sub nu lex ir ... l. 17. Tauri, tradit Gomez. numere 22. ita neque & multo magis emphyteutica nominatio, per quam semel factam, emphyteuta officio suo functus est,quod solum in facto consistit. & daclarationem quandam, seu nudum ministerium continet, propter quod a dño directo, non ab ipso emphyteuta nominatus dicitur emphyteusin capere, l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2. Verum si interim aliquas expensas, nominatus fecit, in re emphyteutica reparanda, illas repetere iure potest, vt explicat glo. d. l. 17. Tauri, verbo. reseruasse.

8 Restringenda † est etiam lex Regia & eius dispositio, in hoc §. 1. quando nominatio primo loco facta fuit nulliter, quoniam impedimento esse nequit, quominus alia secunda nominatio valida fieri possit, ita Pelaez lib. 1. Maioria, q. 48. ante nu. 46. Non solent n. in iure nostro impedimentũ facere, q̃ de iure nullum sortiuntur effectum, vt habetur in reg. non praestat, de reg. iur. in 6. Felin. in cap. ex tenore, de rescript. Quod quidem verum esse, & omnino obseruandum Ordinat. Regia in hoc §. 1. in sui ratione palam docet, quatenus probat, negandam fore reuocationem nominationis factae, quia p eam nominato est pleno iure acq sita emphyteusis, vtileq; dominium. In quo necessario p̃supponitur, quod loquitur, in eo casu, & specie, in qua nominatio valide facta fuit: Aliter n. ex nulla & inutili nominatione non potest irreuocabile ius emphyteuticum nominato acquiri, iuxta ea, quae habentur in l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudi. Vbi Vlpianus respondet, Condemnatum accipere debemus, eum, qui rite condemnatus sit, vt sententia valeat. Caeterum si ulsqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere, & ibi notant Dd. & alibi passim, quod actus nullus non est actus, & pro non facto habetur, textus in l. si cui, §. 1. ff. de operis libertor. & propterea testamentum nullum non est testamentum. l. 2. §. 1. ff. quemadmodum testament. aper. & exheredatio nulla non est exheredatio, l. non putauit, §. non quaeuis, ff. de contra tabul. sic etiam compromissum nullum, Decius consil. 475. col. fin. in princip. Corneus consil. 140. lit. A. volum. 4. sic etiam vnio nulla non est vnio, Calderi. de praebend. consil. 29. Decius, consil. 126. col. fin. & in c. ex tenore, num. 20. de rescript. Vbi quod collatio nulla non est collatio, sic etiam mandatum nullum non est mandatum. Decius, in c. Nicolaus, notab. 2. de appell. & secundum pactum tollit primum, si est validum, l. si quis ante, ff. de acquir. poss. Et sententia nulla non est sentẽtia, Clementin. pastoralis, de re iud. multa Neusanis, consi. 70. in prin. Quo argumento Ias. in d. §. condemnatum, n. 2 cum seq. n. 2. infert, quod iudex nullam proferens sententiam, litem suam nõ facit, vt voluit glos. notabilis in l. fin. in princip. ff. de variis & extraordinar. cognitio. Angelus, & alii, in l. 1. §. hac autem, ff. quod quisque iuris. Bartol. in quaest. iudex. sic etiam nulliter factum instrumentum, caret nomine instrumenti, l. diuus, & ibi Bartol. notat, ff. de testa. milit. & propterea non habet executionem paratam, Baldus in c. constitutus, per text. ibi de constit. Iason, d. §. condemnatum, nu. 4. tradit Rebuffus, 1. tomo legum Franciae, pag. 67. n. 4. cum seq. Anton. de Canario, libr. de executio. instrumento. nume. 21. & 31. Perez. in ll. ordinum. col. 1181.

Quorum † argumento, optimo iure caussarum fiscalium Regiae coronae praesides, iubent ac decernunt, ne quo modo censurae ecclesiasticae ab ordinariis promulgatae aduersus personas laicas, & iurisdictioni seculari subiectas, in foro, vel extra obseruentur, tanquam a non competente iudice latae, & nulliter promulgatae, secũdum primam legis Regiae, lib. 1. tit. 12. §. 6. & lib. 2. tit. 1. §. 14. in quo antiquissima regni praxis, & obseruantia iuris praecepta minime violat, imo secundum illa procedit. Etenim distinctae omnino sunt iurisdictiones, ecclesiastica & temporalis, ne quo modo se inuicem impediant, cap. quoniam. 10. distinct. & dist. 18. per totam, & in cap. cum verum. 96. distinct. tradunt scribentes in cap. nouit. de iudiciis, vbi Panorm. nu. 2. Curtius senior consi. 43. nu. 4. & 15. tradit Perez. in ll. ordina. colu. 128. cum sequent. colu. 774. Sanson in consult. Tauro. fol. 156. titul. das emendes, art. 14. & fuisse hanc diuisionem iurisdictionum necessariam obseruauit Victoria, lib. de potest. Ecclesia, q. 1. & lib. de matrimon. pagen. 459. Quapropter secundum communes traditiones, altera in alteram nullam potestatem habet aut imperium (intelligo circa res, quae non spectant ad forum ecclesiasticum.) Adeo enim sunt distinctae & segregatae, quod vtraq; per se ipsam stat, adeo firma, quod neq; secularis dicitur ab Ecclesiastica pendere, vt d. lib. de potest. Eccles. resoluit Victoria pagen. 67. Quare Afflictus in cap. similiter, de contro. inuestit. numer. 4 vtiliter adnotauit, alteram in alteram nullam habere potestatem. Nec mirum, quoniam D. Thomas, 1. 2. q. 60. art. fi. ad 5. firmat vsurpantem ecclesiasticũ iudicem tẽporalem iurisdictionem, & econtra peccare mortaliter. Quamobrẽ temporales caussas ad se aduocare S. Pontifex nequit, aut aliter impedire, ne coram suo iudice temporali terminentur. Ripa in c. cum M. de const. nu. 197. Decius in c. nouit, de iudic. ante nu. 8. facit Alex. lib. 5. consi. 3. nu. 3. cum seq & Coua. in reg. peccatum, pag. 240. cum seq. de reg. iuris, a quorum traditione, & ab his, quae scripsit Perez, in ll. ordin. col. 789. ortum habuere dictae leges Regiae Lusitaniae lib. 1. tit. 12. §. 6. & lib. 2. tit. 1. §. 14. quibus legislat. Lusitanus tam sedulo cauit, ac interdixit, ecclesiasticis iudicib. ne quo modo de caussis laicorũ cognoscant, aut se intromittant. Conueniunt quae scripsit Rebuff. 3. tom. ad ll. Gallia. pag. 541. num. 18. defenders praedictorum argumento, & ratione, iure optimo procedere praxim Gallicam, per quam propter abusum (quem vocat) ecclesiasticorũ, ad Regem eiusq; supremum Senatum fit recursus quod & in 2. tomo. pag. 97. in prin. scriptum reliquit, resoluens, iudici ecclesiastico excedenti terminos suae iurisdictionis, posse secularem resistere, non minus, quam si extra suam iurisdictionem ius vellet dicere per l. si cum materia, ff. de iurisd. om. iud.

Quapropter † si contingat iudicem seculatẽ cognoscere, de re, seu caussa ad iudicem ecclesiasticum pertinente, inhiberi recte potest, & per censuras ecclesiasticas impediri, ne de caussa cognoscat, vt tradunt scribentes, in c. si iudex laicus, de senten. excomm. in 6. Guilhel. in arbore iurisd. §. iurisdic. numer. 7. Boerius lib. de custod. clauium, numer. 66. ad c. conquestus, de foro cõpet. Et e cõuerso si iudex ecclesiasticus de re profana, & ad iudicium seculare spectante cognoscere non vereatur, poterit a iudice seculari similiter inhiberi, Guilhel. in c. Raynutius, verbo, si absque liber. in 2. de fideicomm. substit. num. 49. imo & per bono tum 10

captio-

captionem, & sequestrationem compelli, vt ab huiusmodi cognitione desistat, *vt tradit Bessanus, in consuetudin. Aluernia, fol. 20. colu. 2. Aviles, in c. pratorum, fol. 101. ante numer. 4. & c. 20. verb. Vsurpan. num. 9. fol. 206.* nedum illius censuras & mandata, negligere, & quasi inutiliter prolata spernere, vt nominatim voluit Bald. *in l. 1. Cod. quomodo, & quando iudex. in fin.* cuius ad id & plures alios referens meminit, Hippolytus *singul. 490. Socinus libr. 3. consil. 99. in fin. Alex. lib. 7. cons. 69. sub n. 5. Probus in c. 1. de lure iur. in 6. lib. 6. Michael lib. de reg. mund. n. 92. vol. 11. tract. fol. 222.* Imo vt Bart. admonuit *in l. hostis, numer. 11 ff. de captiuis,* violenter & manu armata bellū indicens, potest hoc casu iudex suam defendere iurisdictionē, *tradunt Chassaneus, in cons. Burg. Rub. 1. §. 5. verb. Sil nagrace, n. 85. cum seq.* tradunt Hispani Perez. *in l. ordinamenti, colum. 774. & Aviles libr. pratorum, fol. 101. & d. c. 20. fol. 206.* Vbi habent Hispani bonam legem Regiam in materia nostræ consimilem, *libr. 1. tit. 44. §. 57.* Ex his certe iuris principiis, & auctorib. horum regnorū praxis & vsus defenditur, per quē, iudex seu præses fiscalis ac bonorum Regiæ coronę ecclesiasticis vsurpantib. secularem iurisdictionem resistit; Intelligit enim, cum modo suprascripto obsistit, iudicē ecclesiasticū nulliter & de facto, tanquā priuatam personam procedere extra locū sui territorii, & iurisdictionis: Quare respuere & negligere eius censuras, omnino nullas, & inualidas potest, *secundum Hippol. & alios iam citatos* Non est enim hęc pastoris sententia, quam passim iura timendā censent: quoniam, vt prædiximus, priuatam esse personam in hoc casu ecclesiasticum iudicē, Præses caussarum coronæ regiæ præsupponit, & consequenter valide facere negat. Tātum n. operatur in iure nostro nullitas, vt sententia nulla, neq, sententię nomen habere mereatur, *vt supra diximus.*

11 Nimirum † igitur, si resoluamus nominationem nullā, minime impedire aliam validā, vt in simili aduertit Angel. *in l. heredi §. si cum filius, ff. de inoff. testam. Anchar. cons. 414. Romanus, consi. 429 & Lappus allegat. 127.* qui resoluunt habēti expectatiuā ad eligēdum vnū de beneficiis vacantib. primam electionē, seu nominationē nulliter factā non nocere quominus possit aliud beneficiū eligere, & nominando acceptare. Sic etiā Bart. *cons. 73. & Bald. in l 2. col 1. ad fi. C. de episc. aud.* resoluunt, nullam alienationem ab emphyteuta factam dño directo præstare commissi actionem, quod etiam Dd. tradunt *in l. fi. C. de iure emphyt. & Iason in l. vbi pactum, C. de transact. numer. 22. in fi. cum seq.* adstipulatur etiam Bald. *in l. qui per salutem ff. de iureiur.* vbi & Ias. *nu. fi.* per text. ibi voluit, nūcium, qui nulliter citauit, ex eodem mādato posse iterum de nouo citare. Concordat Felinus, *in ca. qualiter, & quando, de accusation. num. 43.* Conueniunt multa, quæ de actu nullo cumulauit post alios Ripa, *in l. 4 §. condemnatum, col. 1. & 2. ff. de re iudic.* Et in terminis, quod electio nulla seu nominatio nō impediat aliam secundam, asseruit Ripa, *in l seruo electo. in prin. ff. de leg. 1. n. 4. Felin in c. ex tenore, num. 11. de rescript. Carol. in consuet. Parisiens. 1. part. §. 10. n 11. & habetur in l. 2. 3. 4. ff. de optio. legam.* Nec minus prodest, quod de exsecutore nulliter procedente tradit Feli. *in c. fin. de præsum. cons. 3. vbi refert se ad dicta in c. 1. de re iud. in fin.*

12 Ex † quibus sic intelligendam hanc legē Regiam in hoc §. 2. interpretor; vt solum procedat, quando nominatio fuit valida, quo casu alia secunda fieri non potest: secus vero si fuerit nulla: quoniam tunc nominatio dici non potest *per suprascripta*, quod ita in specie olim obseruauit excellentissimus Iureconsul. Goncalus Valascus *in l. vnum ex familia. ff. de leg. 2* Et est communis resolutio, quam sequitur Peralta *in l. cū pater, §. a filia, ff. de leg. 2. n 4. ad fi.* Paria sunt enim non eligere. & nulliter eligere, vt probat Peralta, *in l. vnum ex famil §. 1. ad fi. ff. de leg. 2. & in §. seq. nu fi.* Et in patrono nulliter præsentante, quod functus non sit officio suo, & possit iterū præsentare, per multa resoluit Probus *in c. si tibi absenti, de præ. lib. 6. n. 52.* & comprobari potest ex multo plurib. congestis more solito a Tiraq. *in l. boues, §. hoc sermo ff. de verbor. signific. limit. 1. per tot.* & Quintil. Mandosio *in reg. Cancell. 31. q. 12. nu. fin.* vbi inter alia probat, quod lex simpliciter loquens, semper intelligitur loquuta de actu valido, nō inualido: quocirca secūdus actus validus dicitur primus, quando hic fuit nullus, & inutilis, *c. factus est, in fin. 7. q. 1. Geminianus, consil. 138 post princ. versi. item nullam.* & ibi etiam tradit, quod de rescripto seu commissione nulla, mentio nulla necessario facienda est. *glossa verb. de facto, & ibi Dd. in c. cum nostris, de concess. praben. & in c. ex tenore. Vbi Felinus, numer. 2. col. 3. de rescript. Curtius iunior, consil. 126. ante numer. 9.* tradit optime Tellius, *in l. 35. Tauri, numer. 2. & 3.* resoluens per actum nullum non esse consumtam potestatem faciendi, *l. hac conditio filia mea ff. de cond. & demonstr.* vbi Paulus obseruauit, hominis dispositionem consumi in primo actu valido, non inualido, quod & Socin. ibi clarius scripsit, & Romanus, *in l. si quis heres, num. 4. ff. de acquir. hered.* Vbi inquit, actum nulliter gestum, nō impedire alterius reiterationem, quibus omnibus addo textum *in l. qui testamento 38. ff. de leg. 2.* Vbi Iureconsultus, *Qui testamento* (inquit) *inutiliter manumissus est, legari eodem testamento potest, quia totiens efficacior est libertas legato, quoties vtiliter data est.* Et quæ scripsit Gregor. Lopez *in l 25. titul. 9. Partita 6. in glossa, 1. & Molina de primogen. Hispan. lib. 2. c. 4. nu. 31.* Quæ sane erit optima ampliatio ad Ord Regiam *lib. 4. tit. 36.* de qua egimus *in tract. de nominat. emphyt. q. 13. nu. 4.*

Verum † in contrarium multa sese offerunt, quibus contraria sentētia probabilis reddi possit; & imprimis Bartoli doctrina, *in l. 2 §. 1 ff. de optio. lega. versi. vltim.* resoluētis, eum, qui habet potestatem ab homine aliquid faciendi primo actu, etiā inualido, & nullo functum esse officio suo, nec amplius facere posse, *arg. notatorum in l. si vt proponis. Cod. quomodo & quando iudex,* vbi habetur, quod iudex delegatus functus est officio suo, etiam per sententiā nullā, quod etiam omnes probant, *in l. iudex posteaquam, ff. de re iud.* Vbi Alex. *num. 12.* Barto. & Alexand. *in l. seruo electo ff. de leg. 1. in prin. Decius in c. in literis, numer. 3. de offic. deleg. Ruinus consil. 142. num 1. lib. 4. Vantius de nullit. processus Rub. coram quo nullitas proponi possit, num 14. Tiraq. in l. boues, §. hoc sermon ff. de verbor. signif. limit. 1. nu. 14. late Boerius, q. 6. & Bellonus, lib. 3. supputation. cap. 18. numer. 1. & Menochius lib. 1. de arbitr. iudicum qq. q. 61. nu. 21.* quo argumento idē videtur respōdendum, in casu nostro, quod semel facta nominatione, dicatur emphyteuta suo officio functus adeo, vt neq: amplius nominare valeat. Facit etiam notabilis sententia Baldi *in c. ex part. M. de appell.* resoluentis, quod mater transiens ad secūdas

nuptias inualidas, non minus amittit filiorũ curã, & tutelam, quam ſi ad validas tranſeat, *ſequitur Iaſon, in leg. vbi pactum, n. 24. C. de tranſactio.*

14 Neque † minus iuuat Romanus *conſ. 489.* reſoluens, beneficiarium etiam per matrimonium nullum perdere beneficium, quod obtinebat, *tradit poſt alios Bernard. Diaz in ſua praxi, cap. 74. numer. 5. & Couarr. de ſponſal. part. c. 6. §. 3. numer. 4. fol. 81. Rebuffus de pacif. poſſeſſ. numer. 187. Ripa in l. 4. §. condemnatum. ff. de re iudicata, numer. 7. Tiraquell. de retract. §. 6. gloſſa 2. num. 9 & Francus in c. 1. de clerico coniug. numer 3. lib. 6. & ibi Probus, numer. 12.* quamuis ibi, *n. 15.* in contrarium arguat, & hanc partem ſequatur Cardin. *in Clem. gratioſa, de reſcript. Bello. conſil. 74. numer. 4.* Quibus tamen non obſtantibus a priore ſententia recedendum non eſt. Neq; obſtat primum de iudice delegato, cuius odioſa iuriſdictio eſt, omnino reſtringenda, *ſecundum adnotata, in cap. P. & G. de officio delegati,* qua ratione facilius exſtinguitur quam ordinaria, vt habetur *in cap. quærentis, de officio delegati, & in dict. l. iudex poſteaquam. ff. de iudic. Menochius, libr. 1. de arbitr. iud. qq. & ſentent. quæſt 61. per totam.* Quapropter vt ibidem Menochius *d. n. fi.* adnotauit, prædicta cõmunis reſolutio, quæ habet extingui iuriſdictionem delegatã per ſententiam definitiuam etiam nullam, ad extraiudiciales actus extendi non poteſt. Hos n. qui nulliter ex hominis cõmiſſione fecit, pluries facere poteſt, donec valide faciat: Et vtiliter concordat poſt Innoc. Tellius Fernand. *in l. 35. Tauri, ad finem. verſic. & hoc,* qui hoc ita obſeruandum affirmat, ex auctoritate Innocentii communiter recepti *in cap in literis, numer. 2. de officio deleg.* atque aliorum plurium, quorum meminit. Minus obſtat, quod de matre tranſeunte ad ſecundas nuptias, diximus, atque etiam de beneficiario, quia eæ traditiones ex eo vigent, quod priuationis ratio non minus procedit, & militat, in nuptiis nulliter celebratis, quam legitimis & iuſtis. Ii enim enixe præſtiterunt, quantum poterant, animumq; & intentionem delinquendi habuerunt, q ad priuationem ſufficit: nõ ſic in caſu, quem tractamus, in quo dominus directus voluit, quod emphyteuta ſecũdam, aut tertiam pſonam legitime, & valide nominaret, nõ nulliter: quod etiam emphyteutæ magnopere incũbit. Quod cum nõ contingat, vtriuſq; intẽtio, & animus deficit: Nil mirum ergo, ſi poſſit iterum emphyteuta nominare, quoties nulliter & de facto nominauerit. Ex quibus ſi contingat emphyteutam nominando delinquere, veluti quia ſcienter indignum nominauit, vtique functus dicetur officio ſuo, neque amplius nominare poterit, *vt tradit Ripa, in l. ſeruus electione, in princip. ff. de lega. 1. nu. 5. Tiraq. in l. ſi vnquam, verbo, reuertatur. numer. 301. in fin. & Molina lib. 2. de primogen. Hiſpan. cap. 4. num. 38.*

15 Verum † omnia ſupraſcripta intelligenda ſunt in nominatione ipſo iure nulla, nulliuſque roboris, & momenti, quæ pro nõ facta habenda eſt, neque nominationis nomen meretur, quemadmodũ neque ſententia, aut inſtrumentũ, ſic n. loquitur, *l. 4. §. condemnatum, ff. de re iud. & ibi Iaſon, num. 1.* Quocirca ſi contingat ſententiam mero iure valere, quãuis ope exceptionis elidi poſſit, & ad nihilum reduci, officio etiam iudicis, idem Iudex, qui ſentẽtiam tulit, poterit iterum cognoſcere, & pnuntiare, vt notabiliter voluit Innocent. *in cap. in literis, de officio delegat.* quaſi functus nõ ſit officio ſuo, quod elegans dicit, diſputat Baldus, & ad arbitrium trahit, *in l. fin. colu. 4. verſ. 4. quæro, C. de contrah. emtio.* tradit alios referens, Tiraq. *in l. ſi vnquam, verbo reuertatur. C. de reuocan. donat. nu. 300.* vbi *n. ſeq.* ad propoſitum noſtrum inferẽs ait, electores publicato ſcrutinio poſſe variare, & iterum eligere, ſi electio eſt ipſo iure nulla: ſecus vero ſi eſt aliqua, licet veniat annullanda, quia non poſſunt variare: ita notabiliter explicat Innocentius *in cap. publicato, in princip. de election. & in cap. conſiderantes, vbi Doctores, eodem titul.* Concordat Hoſtienſ. Bald. Panormita. & alii, quorum meminit Tiraquell. *dict. loco, nu. 301.* reſoluens tunc demum per primam nominationem impediri ſecundam, quando eſt aliqua, licet veniat annullãda, quoniam ipſo iure nulla, & quæ nullius momenti eſt, ſecundæ non nocet, quominus fieri poſſit.

Sed † iam ſeſe offert perutilis quæſtio, & in praxi frequens. Finge hypotheſin. Ego emphyteuta reuocabiliter Titium nominaui, deinde Seium nulliter etiam nominaui: poſtea deceſſi, filium relinquens heredem. Is emphyteuſin ſibi adiudicandam putat, aſſerens per ſecundam inutilẽ & nulliter factam nominationem, in Seii fauorem, primo loco factam nominationem, reuocatam fuiſſe. Secũdam autem nullam ſibi impedimento non eſſe, quominus emphyteuſin tanquam de nouo nominatus conſequatur, per tex. *in §. E finandoſſe, infra hoc tit.* Quid iuris? Si recte conſideres, huius quæſtionis deciſio ab eo articulo dependet, *an per ſecundam nominationẽ nullam cenſeatur reuocata prior reuocabilis,* quam tractanimus *ſupra capit. 3. numer. 40. cum ſequentibus.* Vbi vide. 16

ARGVMENTVM.

Emphyteuta qui habet nominandi facultatẽ ſeu eligẽdi: An plures perſonas nominare poſſit: & Abſenti, & ignoranti an acquiratur ius ex nominatione: & An requiratur ſtipulatio, vel acceptatio, vel ratificatio.

Nominatio emphyteutica habet vim relicti, & nominatus mortis cauſſa capit, &

Electio an reuocari poſſit. Pater an poſſit ſtipulari emphyteuſin filio abſenti.

Et an ſecundo nominatus, cui res eſt tradita, primo nominato præferatur.

Emphyteuta præſumtus quoad ſucceſſionem regulatur ab expreſſo.

SVMMARIA.

1 *Nominare ſecundam, aut tertiam perſonam, is tantũ poteſt, qui a domino directo, habet facultatem.*

2 *Argumentum a conſuetis validum eſt.*

3 *Clauſulæ ſolitæ ſi omittantur, habentur pro expreſſis.*

Conſuetudo regionis attendenda eſt.

Conſuetudo loci contractus attendenda: item domini directi conſuetudo.

4 *Conceſſio ſimplex emphyteutica regulatur ſecundum conſuetudinem domini.*

Emphyteuſis præſcripta regulatur a conſuetudine tãquam vera.

Nominari plures ſimul ad emphyteuſin non poſſunt.

5 *Nominato ad emphyteuſin abſenti, & ignoranti acquiritur ius.*

6 *Præſenti & tacenti facta donatio tenet.*

Qu-

Quilibet de populo potest acceptare pro donatario, dummodo tamen sit caussa pia.

Stipulari alteri non licet de iure canonico.

7 *Acceptatio requiritur etiam in fauorem piæ caussæ.*

8 *Promissio simpliciter facta caussæ piæ seu Ecclesiæ, etiam minime acceptante, ad instar voti adimplenda est.*

9 *Emphyteusis promissa pauperi, absenti non debetur.*

Notarius recte pro absente stipulatur, exigitur tamen ratificatio.

10 *Nominatio emphyteutica habet vim relicti.*

Nominatus mortis caussa capit.

Nominatio inter viuos, absente & ignorante nominato fieri non potest.

11 *Speciale ius constituitur in nominationibus, per quas ius transfertur irreuocabile.*

Variatio cessat in electione, vbi est facta a iure executio.

12 *Cessio non prodest absenti.*

13 *Electio re integra potest reuocari.*

14 *Interpret. tex. in capit. si tibi absenti, de præb. lib. 6.*

Eligens seu nominans ex officii necessitate, variare non potest.

15 *Absenti beneficium non quæritur ante acceptationem.*

16 *Absenti sola electio præstat ius irreuocabile, quando quis eligitur seu nominatur ad officium seu munus omnino necessarium, quod subire tenetur.*

17 *Nominato absenti munus voluntarium non acquiritur.*

18 *Acquisitio legalis etiam ignorantis prodest.*

19 *Acceptatio necessaria non est, vbicunque alicui defertur beneficium sine facto hominis.*

20 *Primus emphyteuta, tanquam procurator, acquirit emphyteusin, nomine successorum.*

Emphyteusis continet plures concessiones.

21 *Pater stipulatur emphyteusin pro filio etiam absente & ignorante.*

22 *Nominatus primo loco præcedit, licet secundo emphyteusis sit tradita.*

23 *Lex quoties, C. de rei vind. etiam in emphyteusi procedit.*

24 *Nominatus primo loco emphyteusin potest a quocunque possessore auocare.*

25 *Filius nominatim vocatus ad emphyteusin, priuari non potest, illius successione.*

26 *Emphyteusis empta a patre libere potest alienari.*

27 *Emphyteuta præsumitus quando potest variare.*

Emphyteuta præsumitus, quoad successionem, regulatur ab expresso, idem quoad commissum contrahendum.

28 *Consuetudo domini directi attendenda est.*

Capvt VI.

1 SVbdit † vlterius legislator *lhefor dado poder q possa nomear, ao dito foro hũa pessoa. &c.* id est, *fuerit ei data facultas nominandi ad prædictam emphyteusin vnam personam.* Vulgus pragmaticorum intelligit hunc textum, quod emphyteuta nominare secundam, aut tertiam personam tunc demum potest, quando illi ea potestas est a domino directo concessa. Quæ sane traditio, inspectis iuris ciuilis concessionibus *pro filiis, seu pro filiis, & heredibus* vtilis est: quoniam ex iuris dispositione de huiusmodi emphyteusi, sub hac forma concessa, parenti disponere non licebat, *vt tradit Angel. post, Iacob. Butric. in l. item videndum. §. item videndum, versi. sed quæro, an pater. ff. de petit. hered. Bald. in cap. imperialem, versic. quæro vtrum pater, de prohib. feud. alien. per Feder. Barbatia in rubr. de feud. Alexand. in l. apud Iulianum, §. si quis alicui, ff. de leg. 1. & Anan. consil. 37. & Cuman consi. 163.* Sed contrarium tenuere Paulus *consi. 161. colu. 4. volu. 1.* & Barbatia *consi. 56. inter consil. Alex. lib. 4.* Quamobrem vtilis est admodum, secundum terminos concessionis prædictæ illa clausula, & potestas a dño directo concessa, nominandi vnum de filiis, qui emphyteusin solus consequatur. Vt obseruauit Decius *consi. 194. col. fin.* Ceterum in his regnis, in quibus ad vitam trium personarum, tam prophana, quam ecclesiastica solet emphyteusis concedi, non tam vtilis nec necessaria ea facultas nominandi esse videtur: siquidem etsi non exprimatur, concessa videtur, quando aliter verificari concessio ad vitam trium personarum non potest: nisi cõcedamus eligendi potestatem dominũ concessisse, ordine nempe seruato, quod prima persona nominet secundam, & hæc tertiam.

Sumto † argumento, ab vsitato, seu a solitis, seu a suetis fieri (prout simpliciter facta concessio interpretanda est) quod in iure est probabile, frequens, & valde vtile, text. *notab. in l. si quis donaturus, & ibi glossa, ff. de vsufr. & l. quod si nolit, §. quia assidua, ff. de aedil. edicto. & ibi Bald. text. in l. certi conditio. §. si nummos, & ibi Bartol. Angel. & Doctores Alexand. & Iason, ff. si cert. petat. ibi, Cum quotidie crederes, text. in l. certe, in fin. ff. de precario, text. in l. vt liberis ad fin. C. de collatio. ibi, vt fieri assolet, & ibi notant Alberic. Iason & Doctores §. fin. Inst. de satisdat. cap. cum M. de constit. versicul. mandamus ibi, Sicut consueuit, vbi hoc not. Butrius, Imola, & Panorm. & Felin. glossa in cap. cum Maria, de celeb. missa. cum aliis congestis ab Arelatano, in dict. l. generaliter, C. de secund. nuptiis, num. 61. & ab Antonio Rubeo in l. non solum, §. morte, ff. de nom. oper. nunt. nu. 71. & Thoma Grammatico, in procemio Institutio. a nu. 12. & ab Euerar. in loco legali. 63.* Vbi latius ceteris prosequitur, & in specie Angelus *in §. emphyteusis, in auth. de non alien.* resoluit cõtractum emphyteuticum admittere interpretationem ex huiusmodi argumento, a fieri solitis Concordat Alex. *consil. 1. lib. 5. & consil. 125. eod. lib. Barbat. cons. 63. vol. 1. Rubeus d. § morte. n. 74.* 2

Imo † omissæ clausulæ apponi solitæ, quasi per errorem, & incuriam remissæ, habentur pro expressis, & adiectis, *l. quod si nolit, §. quia assidua. ff. de aedil. edicto.* tradit Iason, *in l. fin. C. de iure emphyt. num. 29. cum seq. tex. in l. 2. § merito, ff. ne quid in loco public. & in § si quis a principe,* vbi in priuilegio a principe concesso, semper subintelligitur clausula illa, *Sine præiudicio tertii,* apponi consueta, facit text. *in cap. 2. de rescript.* vbi similiter clausula, *Si preces veritate nitantur,* censetur expressa, licet fuerit omissa. Et est ad hoc pulcer casus *in l. fin. C. de fideiuss.* vbi conuento vno de fideiussoribus, non liberatur alius, neq; reus principalis: nec etiam electo vno de correis, liberatur alter, quia hoc quotidie pactis conuentis fit: & licet non exprimatur, pro expresso haberi debet. Concordat text. *in l. excepto, C. in l. circa. C. locati.* Vbi similiter sancitum est, in contractu locationis id, quod fieri solitum est, attendendum esse. Quo argumento idem est resoluendum, in emphyteutico contractu, q maximã habet cognationem, & affini- 3

lem, *in d. l. illud, verbo, alia, in fin.* resoluentem, donationem factam etiam in fauorem piæ caussæ, nisi ab aliquo acceptetur, nullius momenti esse. In quo illa glossa singularis est secundum Iasonem, *d. §. Flamius nu. 23.* & recepta communiter secundum Couarr. *in 3. part. rub. de test. nu. 13. Francum, in c. Abbate. de re iud. in 6. ante n. 4. & Iul. Clar. lib. 4. recepta sent. in §. donat. q. 12. in fi.* vbi firmat communem, cum Ruino, *libr. 4. cons. 13. nu. 10. & cons. 37. nu. 14. eod.* cui addo, Excam *de pact. n. 469.* & Pelaez *lib. 1. de Maioratu. q. 36. n. 3.* Ex quibus cauendū omnino est, ab iis, qui asserunt donationem, in fauorem caussæ piæ validam esse, nemine acceptante, quia videtur facta Deo semper, & vbique exsistenti, & acceptanti, vt nominatim voluit Paul. *in l. decernimus. C. de sacros. Eccl. n. 3. Fel. in proœmio decret. n. 25. Cotta, in memorab. verbo absens.* Qui nō aduerterūt, in contrariū esse cōmunem sententiā, secundū quod adeo nulla est, etiam in fauorē caussæ piæ nō acceptata donatio, vt postea per acceptationē minime cōualescat: quia a principio, ex defectu consensus donatarii, qui in ipsomet actu donationis necessarius est, fuit omnino nulla, vt adnotauit gl. *in l. neq; ambigi, C. de don. gl. 2. in l. consensu, ff. de act. & obl.* ita in indiuiduo resoluit Ripa, *in rub. ff. de verb. obl. nu. 21.* & Rubeus *cons. 132. nu. 1.*

8 Verum † quod Paul. & alii intelligunt, Deum pro caussa pia acceptare censeri, defendi potest, quando aliquis simpliciter caussæ piæ, seu Ecclesiæ aliquid promisit dare, aut facere, quoniam nemine acceptāte, ad instar & similitudinem, voti, ipse eius heres, adimplere compelli pōt. *l. 2. ff. de pollicita, c. ex part. de cen. fib. & ibi Panorm. n. 1.* Barto. qui hoc ita nominatim explicat, *in d. l. illud. n. fi. C. de sacros. Eccl.* receptus secūdum Galeaulam *in rub. ff. de verb. obl. n. 65.* quod mihi non videtur satis percipere Nouell. *lib. de dote, 6. part. priuil. 1. n. 2. in fi.* vbi vero promissio emanauit animo donādi Ecclesiæ, aut piæ caussæ, necessaria est acceptatio, vt valere donatio possit, *per supra scripta.* quæ cū non valeat vt donatio, neq; alio modo valere pōt. *l. 1. §. si quis ita. ff. de verb. obl.* Bald. qui ita explicat, *in d. l. illud. n. 2.* Vnde si contingat, me pro paupere virgine marito collocanda centum promittere aureos, ad instar, & similitudinem voti, adimplere cogar & dotem promissam elargiri, secundum Cynum, & Fulgosium, atq; etiam Salycetū, *in l. 1. C. de dotis promiss. & Decium cons. 35. n. 1.* licet ab ea sententia, recedant Alex. *in l. qui absente, §. fin. ff. de acqui. poss. Ias. in repet. l. admonendi, ff. de iureiur. n. 148. & Gomez in l. 50. Tauri. n. 19.* quorum opinio per suprascripta defendi potest, vbi ego animo donandi de pſenti centum dare promisi, quia necessaria est alicuius acceptatio.

9 Hæc † si cupis nostræ materiæ adaptare, finge, Titium nomine dotis in fauorem agnatæ inopis, promisisse emphyteusin dare, cum illa nuberet. Certe ad instar & similitudinem voti, ipsi nuptæ emphyteusin negare non poterit. Secus vero, si animo donandi de præsenti promittere dare, cum illa nupserit: quoniam tunc nisi aliquis puellæ pauperis nomine acceptet, inanis, inutilisq; promissio est, *per supra scripta.* Quamobrem si notarii adsit stipulatio, validam fore absenti factam donationem passim nostri interpretes resoluunt: opinantes illam amplius reuocari non posse, vt est videre per Couarr. *lib. 1. resol. c. 14. nu. 11.* probat Ordinatio *libr. 4. tit. 63. in princ.* tradit Gomez *in Epitome, de contract. tit. de donat. col. 2. cum seq. Barbosa, libr. 2. cons. 34. a num. 14. &* *cons. 80. Couarr. in 3. part. rubr. de test. num. 13. col. 2. folio 235. Vincent. in l. 1. C. de pact. nu. 124. Rom. in rubr. Inst. de donat. nu. 14. Molin. lib. 4. de primog. Hispa. c. 2. nu. 67. Iul. Clar. lib. 4. recep. senten. verbo donatio. q. 13. vers. 1.* vbi refert Soc. iuniorem, *cons. 67. nu. 4. lib. 3.* asserentem hanc esse communem sententiam. Thob. *cons. 53. nu. 4.* affirmans eum communi validam esse hoc casu donationem absenti factam, nec ratificationē exigi. *ex Ruino lib. 1. cons. 172. nu. 15. Guido Papa, quæst. 49. Soc. cons. 262. col. pen. vers. secundo respondetur. volu. 2. Corneo. lib. 4. cons. 2. vers. præterea Roma. cons. 513. nu. 3. Alex. Aret. & Ias. in l. quis Roma, §. Flauius, ff. de verb. obl. Aret. cons. 74. n. 10. Dec. cons. 239. col. 4. vers. 3.* Licet contradicat Bertrandus, *libr. 3. cons. 185. nu. 7.* exigens ratificationem donatarii quo illi ius quæratur, ex regula *l. si ego. ff. de nego. gest.* concordat Dec. *in l. contractus, ff. de reg. iur. nu. 14. limit. 5. & nu. 16. arg. omnium cons. 226. & Paul. Socin. Decius, Cagn. Curtius, Ruin. & Paris.* quorum ad id meminit firmans cōmunem sententiam Thobias Nonius, *cons. 84. nu. 4.* Decium & Cagnolum, repetiens *in l. quo tutela, ff. de reg. iur. in fin.* vbi hanc firmant communem & Tiraquel. *lib. de const. lim. 30. n. 9. Alban. cons. 26. nu. 1.* cuius etiam opinionis fuit Alciat. *in l. 2. §. ex his, nu. 3. ff. de verb. obl. & in c. cum contingat, nu. 224. vsq. ad num. 231.* asserens ante ratificationem huiusmodi donationē a notario, stipulatam esse nullam: adeo vt a donatarii heredibus rata haberi non possit. Et hanc dicit esse communem. Cuius contrarium ex supra scriptis constat, verum esse, idque magis placuit Iulio Claro, *lib. 4. sentent. verbo. donatio. q. 13. vers. primo ego.* Firmans magis receptam sententiam esse, interueniēte notarii stipulatione donatarii ratificationem necessariam non esse, quoniam per eam est illi ius quæsitum irreuocabiliter, etiā ante ratihabitionē, vt eum Soc. iun. *cons. 118. nu. 12. vers. non obstat tertia, lib. 2. & num. 26.* firmante hanc esse communem, resoluit Iul. Clar. *d. q. 13. vers. aut vero.* Vbi etiam citat Couar. Tiraq. & alios nouiores, qui hanc nostrorū auctorum varietatem, & in constantiam temporare eunantur. Quod vero ad instructum attinet; siue hanc, siue illam probes sententiam, semper legis nostræ dispositio periclitatur, quia secundum vtramque necessaria est notarii stipulatio, quo valida censeri possit donatio absenti facta. Quamobrem nullo prorsus iure huius legis Regiæ dispositio defendi potest, quoniam absenti & ignoranti ius emphyteuticum ex sola emphyteutica nominatione concedit ac tribuit, & si pro illo nemo acceptauerit, nec ille ratam habeat nominationem. Qua ratione merito hæc Ordinatio plerisque nostri ordinis grauissimis viris admirabilis visa est.

Ceterum † doctissimus, & Iureconsultissimus, & 10
omni æuo memorabilis, Senator Regius olim, Ant. Francisc. ab Alcacoua, socer meus meritissimus, cuius disciplinæ, quicquid in nobis eruditionis est acceptum referimus, (vt reperi in quibusdā eius collectaneis, ad hanc ordinationem, seu hypomnematis) interpretabatur, hanc legem Regiam, hac in re, quemadmodum, & in reliquis amplexā fuisse, singularē sententiam Bar. *in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* asserentis, huiusmodi nominationes, quæ respiciūt, ac intuentur, & cōtinent, actum quendā successionis post mortem, assumunt naturam relictorum in vltima voluntate, qua ratione fieri possunt, in fauorem absentis, & ignorantis, quemadmodum

contingit in legatis, fideicommissis, & reliquis, quæ per viam vltimæ voluntatis alicui relinquũtur, quæ legatarii præsentiam minime requirunt, aut exigũt. Concordat Baldus ibi, & illum secutus Loazes, *in l. filiusfamilias. §. Diui. ff. de legat. 1. n. 73. ad fin.* resoluens eadem ratione, ad reuocationem necessariam non esse nominati præsentiam. Quod post Baldum tradit Segura, *ubi in §. sed si fundum. fol. 50. col. 3. in princ.* & Gomeziua, *in titul. de legatis, num. 48. col. 2. Angel. consil. 127. colum. 2. Massa de obligat. in forma Cameræ, pag 64.* Quamobrem dicebat vir ille insignis, cũ hæ nominationis vim, seu naturam relicti in vltima voluntate assumant, mirum non est, si & his, simul ac factæ sunt, nominatis absentibus, & ignorantib. ius emphyteuticum irreuocabiliter acquiratur: quoniam & hoc idem contingit, in testamento. vel alia vltima voluntate, relictis, vt notatur, *in l. a Titio ff. de furtis, & in l. cũ pater. 79. §. Surdo. ff. de legat. 2.* ibi: *Quibus ignorantibus, ex testamento emolumentum quæritur.* Adducebat etiam vir ille, nominatum emphyteusin mortis caussa capere, ex Bartoli doctrina *in l. si mihi, & Titio, in princ. ff. de verbo. obligat. Corneus consil. 37. num. 7. vol. 3. vers. pro quo etiam facit, Bald. in Auth. si quas ruinas, C. de sacrosanct. Eccles.* Quamobrem ad instar donationis caussa mortis, rei emphyteuticæ dominium, & sic ius irreuocabile nominato posse concedi, vt hac lege Regia sancitum est, fatebatur. Faciunt in confirmationem, quæ dicemus infra, *in tract. de acquisit. emphyt. cap. 16. num. 28. & 29.* Verum postea facile ab hoc sensu & interpretatione recedit, agnoscens supra scripta posse procedere eo casu, quo vel testamento fuit facta nominatio, vt nominatim explicat Peralta, *in d. l. vnum ex familia. §. 1. sub num. 8.* Vel etiam quando emphyteuta fuit grauatus cum moreretur, nominare, iuxta terminos, *d. l. vnum ex familia, in prin.* legisque Regiæ supra hoc tit, *in princ. & in §. 1.* Quo casu, vt ibidem obseruauimus, per relationẽ ad mortẽ dicitur nominatio facta, non sic in casu legis nostræ, *in hoc §. 2.* in quo agitur de nominatione inter viuos, irreuocabiliter facta, quam posse fieri absente & ignorante nominato, iuris nostri præcepta non patiuntur, *vt diximus*, & nominatim probat Peralta, *d. nu. 8. per nota. in l. quis absenti, & ibi Doctores, in prin. ff. de acqu. poss. ff. & in d. l. absenti, ff. de donat. vbi Bart. & Paul. gloss. sing. & receptã, in l. consensu. ff. de actio. & obligat. iuncto tex. ibi in fin. gl. etiam in l. 1. ff. de contrah. emt. & in l. illud. & ibi Bart. & Bald. & Paul. C. de sacros. Eccl. & §. 1. Inst. de oblig. quæ ex consen.* quibus vltra suprascripta, addo hanc declarationem fuisse Bartoli *in disputa. 13. nu. 2. & Anch. cons. 127. n. 8.* Illud tamen aduerto, id, quod diximus, dominiũ ex donatione caussa mortis acquiri, vtiq; procedit post mortem donatoris, non illo viuente: imo donatio caussa mortis absenti facta nõ tenet, *vt tradit Rogerius, in l. ex hac scriptura, ff. de donat. nu. 1. & in l. 6. ff. de test. num. 21.*

11 Ego † aliquando cogitabam, legem hanc Regiam speciale ius in hisce nominationibus cõstituere voluisse, ac restringere dispositionem. *d. l. absenti. ff. de donatio. cum aliis*, vt solum obtineãt, & procedãt, in donatione rei propriæ a patrimonio donantis procedente, non vero in emphyteutica nominatione, & similibus, in quibus nominans, seu eligens, de suo nihil omnino præstat, vt habetur, *in d. l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.* Is enim, qui tantum nudo fungitur ministerio, & declaratoris officio, cũ semel nominauit, officio suo functus est, quare amplius nominare non potest, *argu. not. in l. Iudex posteaquam ff. de re iud.* Verum hæc interpretatio etsi pragmaticis nostris & iuris cãdidatis, arridere possit, non omnino satisfacit: quoniam id dumtaxat concludit, non posse emphyteutam, qui semel nominauit, amplius nominare. Aliud enim vlterius quærimus, & in dubium reuocamus, quo iure & ratione Lusitanus legislator statuere potuerit, nominato absenti, & ignoranti ex sola nominatione ius irreuocabile acquiri. Difficultas est certe maxima, quam medius fidius præcedens interpretatio non dissoluit. Longe enim inter se differre perspicuum est, quærere, *vtrum variare emphyteuta, qui semel nominauit, possit, vel an ex semel facta nominatione, absenti, & ignoranti plenum & irreuocabile ius emphyteuticum acquiratur*, vt probatur *in c. si tibi absenti, de præb. libr. 6.* Prioris enim quæstionis decisio, & si a posterioris resolutione pendere videatur, quoniam, *vt supra aduertimus*, vbi facta est ipso iure exsecutio, & dominium acquisitum, cessat variatio, *vt in l. apud Aufidium, ff. de optio. lega. & Doctores, in l. seruis electione, in princip. ff. de leg. 1.* nihilominus prædicta difficultas insoluta manet. Etenim illud quærimus, *qualiter ea resolutio, procedere queat in casu text. nostri*, in quo non solum conceditur nominato ius emphyteuticum irreuocabile, sed & ignoranti, & absenti, cõtra iuris principia: cuius rei ratio, necessario inuestigãda est, ne legislatorem citra caussam id statuisse, coniectimur, qua sic voluit & iussit.

Vrget † magis hæc difficultas, ex notabili additione Gozad. *in l. 2. C. de pact. inter emtorem. num. 109.* resoluente, cessionem iuris factam, in absentis, & ignorantis fauorem, nihil omnino prodesse, nisi per nuntium, aut Epistolam, fiat, *ex notatis in l. 1. & l. cõsens. ff. de actio. & oblig. & in d. l. absenti, ff. de donatio. & in l. si absenti, ff. de acq. possess.* si modo, inquit, fiat cessio, vt ad illum absentem pertineat commodum, & & incommodum rei, seu iuris cessi. *ex not. in l. finem. C. quando fiscus vel priuat.* Verum si tantum concedamus, absenti conferre exercitium actionum, vt contingit, quando illum constituimus procuratorem, etiam in rem propriam, vt explicat Bart, & alii, *in l. in caussa, §. si ex parte, ff. de procurat. Bald in leg per diuersas. q. 14. C. mandati, & in l. ex legato. in fi. C. de legat. Alex. in l. apud Iulianum, §. vtrum, ff. ad Trebell.* vbi hanc testatur esse communem, potest enim mandatum in absentem conferri, *l. 1. §. fin. ff. de procurat.* Quo etiam argumento, videtur in casu nostro, negandum, nominato ad emphyteusin, ius emphyteuticum ex sola nominatione fuisse acquisitum. 12

Corroboratur † hęc difficultas, si cõsideres, eligẽtem posse a se factam electionem reuocare, quemadmodum, & mandatum, res integra antequam ab electo rata habeatur, vt habetur, *in §. mandatum, Instit. mandati, & in l. si pecuniam, ff. de condict. ob causs. in princ. Doctores, in l. quis absenti, ff. de donat.* vbi Rogerius. *nu. 5.* hanc traditionem secure ponit, respondẽs adnotatis, *in c. publicato, de electione, & in l. priuatorũ, C. de iurisd. omn. iud. & in l. publicis. ff. de condit. & demonst.* quod procedunt, in electione facta a canonicis eligentibus Episcopum, quæ per se sola non stat: quoniam exigit, superioris confirmationem, quare reuocare semel factam electionem Canonici non possunt, *dict. cap. publicato, & c. cum inter, eodem titul.* 13

Cuius

cuius contrarium inquit Rogerius est obseruandū, quando electio facta per se ipsam, effectum producit, & stare potest: quemadmodum contingit in nominatione, de qua agimus, quæ absque noua superioris confirmatione stat, & effectum producit, *arg. tex. in d. c. mandatum.* Quocirca nimio rigore plena est huius legis dispositio, absenti, & ignoranti ex sola nominatione ab emphyteuta facta ius irreuocabile concedens, quæ superioris confirmationē non exigit.

14 Verum his, quæ hactenus disseruimus, non leuiter obsistit, imo ex diametro aduersatur, tex. ille singularis, in *cap. si tibi absenti, de præbend. lib. 6.* vbi postquam summus Pontifex statuit, absenti beneficium conferri posse, subdit, *re integra antequam ille acceptet, variare Episcopum non posse, etsi nulla sit necessaria superioris confirmatio.* Certi enim iuris est, ad Episcopum, beneficiorum suæ Diœcesis collationem pertinere, *c. omnes basilicæ. 16. q. 7. c. cum ex iniuncto, de hæretic. in 6. Felin. in c. cum venerabilis, de except. n. 32. Gomez. in 3 forma mandati, de prouidendo, nu. 3.* & nihilominus, Papa statuit, semel a se factam in fauorē absentis collationem Episcopum reuocare nō posse. Quare labefactari videtur suprascripta resolutio, quæ habet, cessare electionis reuocationem, quando illa per se absque superioris confirmatione, non producit effectum: secus vero, quando per se sola stare potest. Siquidem Ordinarii Episcopi collatio per se sola stat, & effectum producit, absque vlla superioris confirmatione, & nihilominus semel facta, reuocari non potest, *vt in d. ca. si tibi. S. Pontifex sanxit.* Vnde Bartolus, *in l. absenti. ff. de donat. n. 2. vers. sed istud videtur,* longam exorditur disputationem & distinctionem, secundum quam adnotandum est, tex. *in d. c. si tibi absenti*, procedere, quando electio, seu nominatio, ab eo facta est, qui ex necessitate officii, præcise, seu caussatiue eligere, seu nominare tenebatur, quemadmodum etiam contingit in casu *c. publicato. de electio. & c. cum inter. eod. tit.* Vbi de Canonicorum electione est actum, & negatur variatio, *& in c. cum autem, 24. de iure patron.* cessat variatio: secundum quam regulam procedit etiam, (inquit Bart.) text. *in d. c. si tibi absenti.* vbi similiter Episcopo conferendi, variādi potestas denegatur: quia ratione officii vacantia beneficia sine mora conferre tenetur. Etenim hoc casu Episcopus, seu quisq; alius Ordinarius collator, ex necessitate officii procedens, suo officio functus est, simul ac semel elegit, ac nominauit, quare amplius variare non potest, *argu. l. iudex. postea quam. ff. de re iudic.* Sed contrarium Bart. obseruandum credit, in eo, qui nulla vrgente necessitate nominauit, aut elegit, quia tunc libere potest variare & absenti nominato nocere, per tex. *in d. l. absenti ff. de donat.* quem ad veram & propriam donationem, restringendum censet: quæ nullo iure cogente fieri solet. *l. donari, ff. de donat. & l. donari, ff. de reg. iur.* habetur, *in l. rem legatam, ff. de adimen. legat. tradit Tellius Fernandez in l. 26. Tauri, n. 4. cum seq. & Rogerius in l. 1. ff. de donat. nu. 1.* Secundum quam resolutionem, nominationibus nostris applicatā resoluendum est, emphyteutam nominatum. quia ex necessitate officii, seu emphyteutici muneris obtēti tenetur saltem caussatiue, ne emphyteusis ad dominium directum deuoluatur, nominare, simul ac nominauerit, variare non posse, quia functus suo officio est, quemadmodum sunt & ceteri omnes, qui nominare, aut eligere cōpelluntur, officii, aut muneris obtenti ratione, qui donare, aut de suo quicquam conferre, minime dici possunt, *vt in l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* Quæ est profecto vera & genuina differentiæ ratio, inter donationem, de qua in *d. l. absenti. ff. de donat. & beneficii collat.* de qua *in d. cap. si tibi absenti*, illa enim reuocari potest, quia donās de suo liberalitatem exercet, quam facile nemo facit, *l. id quod nostrum, ff. de reg. iur.* quia donare est perdere, *l. filius familias, ff. de donatio.* Quapropter etiam facilius retinetur, & propterea absenti facta reuocari valet. Cuius contrarium obtinet in Episcopo conferente, qui licet liberalitatem exerceat, beneficium conferens, vt habetur *in c. quia diuersitatem. de concess. praben.* ibi: *ad donationem eius, & in cap. fin. de offic. Vicar.* notatur *in c. relatum. de præbend. Feder. q. 1. in lib. suarum qq.* tamen hoc procedit & intelligitur, quod donationem facit, & liberalitatem exercet, de re tamen non sua, vt explicat Dec. *in l. nemo plus, ff. de reg. iur.* & Exea *lib. de pactis, nu. 242.* resoluens Ordinarios hoc iure vti ex iurisdictione quadam voluntaria, quam habent, circa beneficia vacantia, quæ exspirat simul ac de beneficio prouidit, & si illud absenti confert, *l. iudex postea quam, ff. de re iudic.* Quamuis Fortunius Garcia, *in l. 1. num. 7. ff. de pact.* intelligat non minus Episcopum, donationem facere, cum beneficium confert, quam priuatus, cū bona sua donat. Verum ex eo Episcopum variare non posse, quia conferendo se videtur obligasse ei, cui ille contulit. Quæ ratio neq; iure nec probabili ratione probatur, ideo reiiciendam fore admonuit Exea, *lib. de pact. n. 234. cum seq.* addens quam plures inter donationem, & beneficii collationem differentias, de quibus *ibi n. 244. cum sequ.* Quibus sane constat, iniquam esse comparationem a Fortunio factam, de donatione ad beneficiū collationem; illa enim veram continet liberalitatem, hæc vero minime, quia ex necessitate officii procedit, *c. 2. de concess. præben.* ideoque Episcopus solum in cui dando gratiam facit, & quodammodo liberalitatem exercet, vt post glossam firmat Decius, *in cap. relatum. 4. notab. de præbend. Exea, vbi supra, ante numer. 245. tradit Peralta, in leg. vnum ex familia, §. 1. ff. de legat. 2.*

15 Hæc omnia si recte consideras, Lector optime, eodem, quo supra scripta traditio, morbo laborant: solum enim concludunt emphyteutam, qui semel nominauit, variare non posse: siquidem ex necessitate officii, seu muneris obtenti nominat, nihil prorsus de suo præstans, ex regula, *d. §. 1. l. vnum ex famil.* q̄ ad d. c. *si tibi absenti*, posse adaptari, Exea, *d. nu. 244. in fi.* probat. Quocirca adhuc insoluta nostra manet difficultas, qua id vnum tantum quærimus, *quo nam iure, & ratione huius Ordinationis dispositio, in hoc §. 2. defendi potest, quatenus absenti & ignoranti, ius emphyteuticum irreuocabile concedit contra notissima iuris principia, imo & contra, d. cap. si tibi absenti.* vbi licet S. Pontifex Episcopo variandi facultatem neget: clare tamen probat absenti, ante acceptationem beneficium non acquiri, vt ibi: *Licet per collationem huiusmodi, donec eam ratam habuerit, ius in ipso beneficio, vt tunc vicei valeas non acquiras, &c.* Vides, qualiter absenti facta collatio ius aliquod, ante acceptationem, vt suum dicere valeat, non tribuat: quare idem multo magis respondendum erat in casu legis nostræ, *in hoc §. 2.*

Ego † aliquando cogitabam, poſſe huius Ordinationis rationem deduci ex doctrina Bartoli, *in d. leg. abſens. ff. de donat. num. 2. verſ. & pro declaratione*, reſpondentia ſolam electionem abſenti ius irreuocabile præſtare, qñ ille eligitur, & nominatur ad officium, ſeu munus, omnino neceſſarium, quod ſubire recuſare nequit, vt contingat in tutoris, & curatoris officio, *l. 2. ff. de tutor. & curato. datis ab his.* Quapropter inquit, nullum alium eligi, aut nominari poſſe ad idem munus ſuſcipiendum, *vt per tot. C. in quib. caſib. tuto. haben.* Ex quib. ego aliquando in praxi reſpondi, electum officialem iuxta formam l. Regiæ *lib. 1. titul. 67. §. 6.* etiam abſentem remoueri non poſſe, & alium eligi, quoniam ſic electus munus illud recuſare non poteſt, vt habetur *in § pen. eod. titu.* Adducebam vltra Bartolum, Baptiſtam *in l. diẽ functo ff. de officio aſſeſſoris, nu. 8. & 9.* Verum hic non eſt caſus, quem tractamus, quoniam certum eſt, compelli neminem poſſe, vt emphyteuſin capiat, quia beneficium in inuitum non confertur. *d. cap. ſi tibi, l. hoc iure, §. non poteſt. ff. de donat. & l. inuito, ff. de regul. iuris.*

17 Vlterius † proſequitur Bartolus aliud membrũ, propoſitæ noſtræ quæſtioni magis accedens, & ſubdit, *aliquando quis nominatur ad munus voluntarium, quod ſubire adſtringi non poteſt. & tunc ſi eligens, ſeu nominans officii obtẽti neceſſitate, compulſus nominat, amplius variare non poteſt:* Et ſic procedunt iura ſupra citata, negantia in eligente, & conferente, variationem, nempe *c. ſi tibi abſenti, & c. cum inter, & cap. publicato. de electione. cum ſimil.* Quæ ſane traditio noſtræ quæſtioni adaptari commode poteſt: Sed id tantum concludit, variare emphyteutam non poſſe, non quod nominato ſit ſtatim ius irreuocabiliter acquiſitum. Imo ex doctrina Bartoli, in eodem ſecundo membro verſicul. *ſed electio.* neceſſario reſoluendum eſt, hoc caſu nominato abſenti, non acquiri ius aliquod, antequam ille nominationẽ ſciat in ſui fauorem eſſe factam, & illam acceptet. Quare multo magis huius §. diſpoſitio confunditur.

18 Quamobrem † cenſeo, tantam eſſe huius rei magnitudinem & difficultatem, vt aliter eam euadere fas nõ ſit, niſi diſpoſitionem huius §. 1. intelligamus de iure legali, q vi & poteſtate legis noſtræ in nominatum trãſferri ex ſola nominatione potuit, ex his q̃ ſcripſit Tiraq. *lib. de morte ſaiſit. declar. 18. par. 2.* vbi per multa probat, poſſe legis auctoritate dominium & poſſeſſionem in quempiam transferri, vt habetur *in l. fin. C. de ſacroſanct. Eccleſ. & in l. raptores eodem titu. Tiraq. eod. lib. de Morte. 2. part. declaratio. 6. num. 7.* Facit quod tradit eleganter Melchior Pelaez *in tract. de Maioratu, quæſt. 08. num. 10.* vbi inquit, quod omne lucrum delatum per legem, citra hereditatem transfertur abſque aliqua agnitione, *ſecundum Alex. contra Angel. ibi in lege ſi vir. ff. ad l. falcid. & Socinum conſ. 116. num. 19. vol. 1. & Iaſ. in l. ſi arrogator, ff. de adoptio. num. 15. Pinellus in l. 1. cap. de bonis mater. 1. part. nu. 36.* vbi inquit, receptam eſſe ſcribentium ſententiam, omne commodum, vel lucrũ, a lege delatum abſq; alia agnitione transferri, quod latius tractat idem Pelaez *lib. 1. Maior. q. 36. & 3. part. q. 13.* Vnde Bald. *in d. l. ſi arrogator*, per illum text. inquit, lucrum dotis, quod defertur marito ex forma ſtatuti, etiam abſque aliqua agnitione transferri & tranſmitti: quod recte notat Alex. *conſ. 150. viſo Themate, nu. 7. vol. 4.* & conducunt leges, & conſuetudines Hiſpaniæ, quæ medietatem bonorum ſuperlucratorum conſtante matrimonio, marito tribuũt, ac largiuntur: quia cum iſtud ſit lucrũ a lege & conſuetudine delatum, trãsfertur in coniuges & in eorum heredes abſque aliqua agnitione, quæ fuit ſententia Palatii Rubti, *in rubr. de donat. inter vir. fol. 39. col. 4.* quem ſequitur Ant. Gomez. *in l. 50. Tauri, nu. 79. & Pelaez in tract. de Maioratu. q. 24. nu. 28. libr. 1.* Quæ ſententia apud nos multo magis admittenda eſt, in bonorum communicatione, quæ ex lege Regia, *lib. 4. tit. 7.* contracto matrimonio inter virũ & vxorem inducitur, ex regni conſuetudine, vt hæc communicatio ipſo iure fiat, citra aliquod contrahentium miniſterium, ad imaginem ſocietatis omnium bonorum.

19 Pro † quo ſuffragatur regula, quæ habet, quod vbicunque beneficium defertur ſine facto hominis, tunc nõ eſt neceſſaria acceptatio, *l. cum pater, §. Surdo ff. de leg. 2. l. vlt. §. tali. C. de curato. furioſ. l. apud hoſtes, C. de ſuis & legit. hered. notat Socinus conſ. 153. num. 14. vol. 2.* facit quod tradit gloſſa, *in cap. licet, verbo. placebit, de procurat. in 6.* vbi inquit, quod ſi alicui ex renuntiatione alterius ius deuoluatur, ſtatim hoc ius illi acquiri abſque aliqua acceptatione. citat. *l. 1. ff. quis ſemel, ff. de ſucceſſ. edicto.* & facit l. a *coheredi. in princ. ff. quis ordo bonor. poſſeſſ. ſerue.* præſuppoſito, quod iura particularia prouenientia a cõtractu, vel legis diſpoſitione abſque aliqua agnitione transferuntur, *ex Gomez. d. l. 50. Tauri, num. 79.* Vnde quod lex facit, ſcientiam hominis non requirit. *Bald. conſ. 404. dubio. 1. lib. 3. per l. apud hoſtes. C. de ſuis & ſeq. hered. l. liber homo. §. fin. ff. de ſtipul. ſeruo.* Quorum argumento idem videtur reſpondendum in caſu legis noſtræ, q abſenti & ignoranti eſt a lege ius emphyteuticum cõceſſum, abſq; alio hominis facto. Verũ neq; hoc difficultatẽ ſoluit, quoniam id eſt, quod quærimus, cur id factum fuerit & legiſlatori placuerit.

20 Ego † hanc difficultatem ſoluens, exiſtimo, primum emphyteutam, cui fuit cõceſſa emphyteuſis, cum facultate nominandi ſecũdam & tertiam perſonam, in acquirendo fungi vice procuratoris, eorum qui nominabuntur, vt in ſpecie firmat Ancha. *conſ. 127. in princ.* Qua ratione cum emphyteuſin capit, & illius poſſeſſionem conſequitur, non minus nominandarum perſonarum, iuxta formã cõceſſionis, quam ſuo proprio nomine illam dicitur aſſecutus, vt notabiliter voluit Alex. *in l. quod dicitur poſt nu. 16. ff. de verb. obl. gl. 1. in l. 45. col. 2. poſt princ. in ll. Tauri.* Quamobrem accedente nominatione, ſub cuius conditione dicitur conceſſa, & tradita a principio emphyteuſis, nomine eius, q nominabitur, neceſſario, nominato, & ignorãti ius irreuocabile cõcedendum eſt, per ea quæ, habentur *in l. 1. §. per procurat. ff. de acq. poſſ.* Nec nouum eſt etiam in ignorãtem poſſeſſionem transferri, *vt habetur in l. 3. §. item acquirimus ff. de acq. poſſ. & in l. 1. C eod. tit.* Præſertim quando poſſeſſio plurimum iuris habet, & facti minimum, *gloſſ. in cap. cum noſtris verbo. habet. de conceſſ. prebend. Tiraq. in tract. in tract. le mort ſaiſit, declarat. 18. nu. fin. par 2.* Ndmirum igitur ſi nominato, cuius nomine conceſſa & tradita primo acquirenti emphyteuſis dicitur, ius emphyteuticum irreuocabile concedatur, non minus q̃ ſi eidem a principio emphyteuſis fuiſſet conceſſa, & tradita, vt in his terminis arguit, & concludit Ant. Gom. *in l. 45. Tauri, nu. 111. col. pen. & n. ſeq.* Primo n. emphyteutæ facta tradiuo,

ditio, ceteris successoribus prodest, quasi illis etiam adueniente die res fuerit tradita, vt resoluunt Dec. *cons. 239.* Cassaneus *cons. 53. nu. 52.* qui plura refert in proposito, & Ruin. *cons. 25. nu. 17. cum seq. vol. 1.* & eorum doctrinam secutus Tellius Fernand. *in leg. 27 Tauri, num 2. vers. ratio est, quia illa traditio.* qui satis in terminis loquitur. Nam postquam *nu. 1.* obseruauit, substitutionum gradus, & contractus conuenire: siquidem potest per eos res familiæ relinqui, per gradus substitutiones percurrens, iuxta terminos, *l. quoties. C. de donat. quæ sub modo. & l. 7. titul. 2. part. 5. Paul. consi. 384 lib. 1. Aymo. cons. 19. n. 8. & 9. lib. 1.* addit, omnibus vocatis adueniĕte vocationis, die ipso iure ius irreuocabile acquiri, quod habent, ex propria persona, sublato eo, qui possidebat. Intelligit enim in eo casu, *dict. l. quoties* plures dicuntur factæ donationes. si plures sunt ad eandem rem vocati successores, per substitutionem prædictam, vt declarat Paulus, *in l. si pecuniam. ff. de condictio. ob caussam*, quod in donatione Tertii obseruauit Soares, *in l. quoniam in priorib. C. de inofficio. testament super leg. fori. quæst 8.* & in maioratu Paulus, *consil. 163. lib. 2. num. 4. & 5.* & dicemus infra, *in tract. de acquisi. emphyteus. cap. 6. nume 83. & 84.* vbi resoluemus, in emphyteutica concessione, totiuem esse concessiones, quot sunt personæ a quarum vita illa conceditur. Quamobrem inquit Tellius, in singulis vocatis personis, simul ac dies vocationis cessit, & venit, dari & exsurgere nouam concessionem, nouamque possessionis traditionem, ad quam [illegible] prima sufficit, vt proinde successoribus etiam nondum natis, & sic ignorantibus, ius & dominium acquisitum dicatur. *vt ibi per Tellium, qui citat inter alia Decium, in leg. traditionib. C. de pactis, num. 14. & consi. 239. colum. penult. Aymo. consil. 18. num 9. libr. 1.* Secundum quem sensum lex nostra Regia intellecta minime a iuris præceptis, & regulis, recedit: imo illis consentanea est. Quamuis non inficiabor Ancharanum, *dict. cons. 124.* negare ingenue, primum acquirentem vice procuratoris non fungi, quando sibi alienandi emphyteusin potestatem reseruauit, quod passim receptum est, in omni emphyteuta acquirente emphyteusin, personis nominandis. Quod me nihil vrget, quominus prædicta resolutio obseruanda sit, si consideres, emphyteuticam concessionem pro persona nominandi, conditionalem censeri, si nominabitur. Quocirca, & si possessor possit vendere, cum non fecit, & nominauit, supradictæ resolutioni locus est, nec definit vice procuratoris primus acquirĕs fungi, qui vel alienando, vel non nominando potest efficere, quod conditio non impleatur. Ac proinde vbi nominauit, & sic conditionem impleuit (habito pro constanti, quod illi facta traditio nominati prodest, vbi voluere iam supra citati auctores, & Baldus *in l. cum antiquioribus, C. de iure deliber. & illius memor, Zasius lib. singularum. 6 part. nu. 3. cum seq.*) consequens est, legem nostram a iuris cummunis regulis alienam non esse, quamuis quidam passim contrarium opinentur. Sed perperam.

22 Quæ resolutio præsertim † defendi potest, quando emphyteusis fuit a patre acquisita, & stipulata, in fauorem vnius filii, quem nominabit. Iuris enim regula est, patrem filio stipulari posse, *l. quod cumque, §. si quis, ff. de verborum obligatio. l. quod dicitur in 2. eodem tit. l. si tibi decem, §. pactus, ff. de pactis, §. ei vero, Institut. de inutilibus stipul. tradunt scribentes, in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de lib. & posthum. Pinellus in l. 1. C. de bon. matern fol. 75. num. 73.* Quod adeo verum est, vt neque absentis filii ratificatio necessaria videatur, vt placuit Paulo de Monte Pico, *in leg. in quartam, ff ad leg. falcid. nu. 237.* contra Barbatiam, vbi probat filii absentiam huiusmodi stipulationi paternę non nocere. Concordat Nouellus, *in leg. si constante, ff solut. matr. n. 25.* qui adducit bonum text. *in l. Caius, eodem titul. Bertrand. consi. 1. n. cũ seq. lib. 2. & cons. 9. r. 4. eodẽ lib.* Accedit notabilis Bartoli doctrina, *in d. leg. si constante, num. 66.* firmantis, coniunctum stipulantem pro coniuncto procuratoris vicem gerere, quod in patre obseruauit Ruinus, *in l. hoc edicto, §. nuntiatio, ff. de noui oper. nunt. num. 90.* Quare absenti filio est ex paterna concessione ius tribuendum, vt voluit Ias. *in dict. leg. si constante, num 190. & Parisius libr. 3. consil. 25. num. 49. cum sequen.* qui in clausula constituti loquitur, per quam resoluit patrem acquirere filio posse, *& consil. 76 num. 9 cum seq. eod. libr. vbi num. 12.* nominatim loquitur, quando concessio fit patri, & deinde filio, intellige etiam nascituro. *l. si quis operas, iuncta gloss. verbo, posthumos ff de oper. liber. Bartol. in dict. leg. quod dicitur in 2. num. 12 ff de verbor. obliga. & ibi Imola Alexand. & Iason. num. 43.* multique alii. quorum meminit Tiraquell. *de primogenit. quæstio. 6. num. 31. Bertrand consil. 70. num 2. lib 3 & latius consil. 299. volum. 1. rursus. & consi. 78. lib. 3. num. 4. & consilio 71. num 2. & 4 eodem libr.* Quod maxime in emphyteutica concessione obseruandum est, quoniã hanc etiam extraneus alter stipulari potest, ex Bartoli recepta sententia, *in l. quod dicitur, in 2. ff. de verborum obligatio. & in l. stipulatio ista, §. si stipuler, eodem titul.* resoluens regulam, *§. alteri, Institut. de inutilibus stipul.* limitandam esse, quando quis super re sua & futura sua extraneo stipulatur, quoniam tunc valet stipulatio. Probant Doctores *ibi Alexand. & Ripa, num. 68. in leg. ex facto, §. si quis rogatus, ff. ad Trebellian. Bald. in l. anus, ff. de pact. dotal. Ias. in dict. leg. quod dicitur. num 41. & 45. Decius in l. certi condictio. §. quoniam, num 9 ff. si cert. pet.* & latius tractabimus, *in commentar. de acquisit. emphyteusis, cap. 16. numer. 18. cum seq.*

Ex quibus, † & lege Regia *in hoc §. 2.* vt supra explicata, vtiliter infertur, in hac materia, nominatio- 23
num emphyteuticarum, omnino recedendum fore a dispositione, *l. quoties, C. de rei vindicat.* & consequenter concurrentibus pluribus nominatis illum præcedere, qui primo loco nominatus est. Nam si verum est, quod hac lege cautum est, per solam nominationem, nominato ius emphyteuticum irreuocabile acquiri, consequens necessarium est, *dict. leg. quoties*, locum non esse. Exploratum est enim illius leg. dispositionem ea ratione procedere, quia ex solo titulo, emtionis & venditionis, in fauorem primi emtoris dominium non transferri, neque aliquod ius in re, *vt habetur in leg. penultim. C. de rei vindicatio. l. qui tibi, C. de heredit. vel actio. l. qui tibi, C. de his, qui a non Domino.* Quocirca necessaria est traditio, vt dominium translatum dici queat. *leg. traditionibus, C. de pact.* ac proinde secundus emtor, rei dominus, per traditionem, præferri primo debet, omni iure & actione reali carenti, qua euocare ab eo rem possit. *vt adnotanit gloss. 3 dict. l. quoties, verbo priori, quam ibi sequuntur Cynus, & alii Doctores communiter, teste Ias. n. 3. vers. item antiquum*, concordat Ioannes Nicolaus, in

Baldi doctrina *in l.1.C.per quas person.ad fin.* resoluentis, patrem posse huiusmodi emphyteusin alienare, aliive filio dare, si ex re sua, seu patrimonio illa processit, quia tunc profectitia censeri debet, *sequitur Greg.Lopez in l.25.tit.9.part.6.in medio,* de qua re nos alibi latius differemus.

Vltimo † pro complemento, huius §. aduerto, nihil frequentius in foro in controuersiam venire, quam, *si: ne haec lex Regia in hoc §. an vero in suo principio obseruanda, in emphyteusi praesumta, ex longissimo nempe temporis cursu acquisita & inducta?* Ego in hac re nihil interesse arbitror inter praesumtam, & expressam emphyteusin, ac proinde eosdem emphyteusin praesumtam ab expressa regula odam fore, ex Alex. *lib.5.cons.15.n.12.* resoluente, successionem emphyteusis, tacitae seu praesumtae, ab expressa nihil differre, quod tradit Bald. & Praepos. *in c.fin. de feudo dato, Aymon. de antiq.temp fol.113 n.70.in 4.par. Couar.lib.2.resol.c.17.n.6. Molin.lib.1.de primog.H.sp.c.3.n.22.& libr.2.c.6.in fi.* Iuuat, quod tradit Dec. *in c.bona, de appell.n.22* vbi firmat huiusmodi emphyteutam praesumtum ad instar veri & expressi incidere in commissum, si statuto a iure tempore non soluat pensionem, quod et com probat, *cons.146.n.2.* Quo argumento idem intelligo si domino irrequisito, rem ipsam alienauerit, contra formam, *l.fi.C.de iure emph.& infra tit.64.*

7 Verum † quia circa haec varias semper obseruaui concessionum formas, respondebam, attendendum esse dni directi vsum & consuetudinem ab eo obseruatam, in hisce emphyteuticis concessionib. secundum quae praesumtam emphyteusin censendam fore intelligo, ex his quae supra diximus isto c. *n.3.* Aliter vbi de particulari dni directi vsu & consuetudine, non constabit, ad loci, contractus, vel et regionis vsum, praxim, & consuetudinem erit recurrendum, *vt ibidem diximus.*

ARGVMENTVM.

Nominatio emphyteutica, quoad testium probationem, an etiam scripturam requirat.

SVMMARIA.

1 *Nominatio emphyteutica tribus testibus probatur.*
2 *Duo testes suffi. sunt de iure communi.*
3 *Praecepta iudicialia veteris testamenti non ligant hodie.*
4 *Nominatio facta inter viuos tribus testibus, est contenta. nisi fiat ex caussa mortis, quoniam quinque testes requiruntur.*
5 *Donationis caussa mortis solemnitas apud Lusitanos regulatur a solemnitate codicillorum.*
Dispositum in vno aequiparatorum habet locum in alio.
Argumentum ab aequiparatis non procedit, in correctoriis, & n.7.
6 *Extensio cessat in correctoriis etiam a maioritate rationis.*
7 *Argumentum ab aequiparatis etiam in correctoriis obtinet.*
8 *Aequiparatio non debet esse in omnibus & per omnia.*
9 *Quando aequiparatio procedit a diuersatione, cessat argumentum.*
10 *Mortis caussa donatio, ad minus quatuor testes requirit.*
11 *Nominatio corruit, vbi numerus testium deficit.*
12 *Reuocatio nominationis exigit trium testium numerum: fallit in nominationis tacita reuocatione.*
13 *Nominatio emphyteutica, qualiter tacite reuocatur.*
14 *Nominatio secunda exigit publicam scripturam, si prior in publicam scripturam fuit redacta.*
Contractus per easdem caussas dissoluitur, per quas fuit initus.
Solutio aliter quam per aliam similem scripturam probari nequit.
Interpret.Ord.Reg.lib.3.tit.59.§.3.
Pensio beneficialis non extinguitur sine superioris auctoritate, quia neque constituitur.
15 *Nominatio emphyteutica per testes probari nequit, vbi scriptura est de substantia contractus.*
16 *Pensionum solutio per testes probari potest.*
Interpret.Ordinatio.lib.3.tit.59.§.14.& §.3.& 11.& §.15.
17 *Nominatio facta per apocham priuatam, an dicatur facta per scripturam.*
Instrumenta notariorum apostolicorum, in his regnis non sunt publica.
18 *Nominatio secunda, in apocha facta, non nocet primae.*
19 *Nominans si in iudicio recognouit apocham veram esse, prio i nominationi praeiudicium affert.*
Interp Ordin.lib.3.tit.59.§.10.
20 *Confessio non supplet defectum scripturae, quando illa est de substantia contractus.*
Interp Ord. lib 4 tit.19.in prin.& § fin.& lib.3.titul.25.§.9 [illegible] quinq, in priuata charta subscripti, non supplent publicam scripturam.
21 *Confessionis probatio est firmior instrumentali.*
Confessionis probatio admittitur post conclusionem in caussa, & contra praesumtionem iuris & de iure, & post terminum.
22 *Confessionis probatio admittitur contra rem iudicatam.*
23 *Confessio facit rem notoriam.*
Confessio iudicialis supplet defectum scripturae, non extraiudicialis.
24 *Scriptura priuata hominis in dignitate constituti habet vim publicae scripturae.*
Nominatio facta in priuata scriptura per hominem nobilem derogat primam factam per publicum instrumentum. Si tamen ille viuus recognoscat.n.25.
Relatiuum quis vel qui inducit conditionem.
25 *Priuata scriptura a nobili confecta, non recognita eo viuo non tollit aliam.*
26 *Interp.Ordin. Regia.lib 3.tit.59.§.10.*
Dictio implicatiua caret effectu vbi sequitur absurdum.
27 *Nominationis apocham satis est heredem recognoscere.*
28 *Nominatio prima si fuit facta coram testibus, secunda vero per scripturam, quae praefertur.*
Testamento nuncupatiuo, & codicillis reuocari potest nominatio instrumentalis.
29 *Nominatio instrumentalis semper praeualet.*
30 *Nominatio facta in priuata scriptura cum trib. testibus praeualet.*
31 *Nominatio verbalis facta in fauorem filii praecedit instrumentalem.*

CAPVT VII.

Svbsequitur iam lector humanissime, §. 3. quem breui commentario explicare conabimur: quoniam autem huius materiae pertractatio, attentum & beneuolum desiderat lectorem, audi nunc Lusitanorum legislatorem, tanquam ex adytis profao-

de iure emph.q.7.nu.12.vers.item potest. Ideo autem in his nominationibus emphyteuticis tres testes requiruntur, tum propter rei qualitatem: tum etiam, vt excludatur testium subornatio, sicuti & nonnunquam pro maiori rei gestæ fide, & veritate sola instrumentalis probatio, apud nos admittatur, cũ de bonis immobilibus est quæstio, *vt ord.lib.3.tit.59.& tradit Valasc.de iure emph.q.7.n.12.* Quo argumento idem obseruandum videbatur in bonis emphyteuticos, quæ similiter immobilia sunt. Sed vt omnino a regul.iuris communis recessus fieret, trium testium solemnitatẽ adhiberi nominationi, legislatori placuit: Pręcipua enim patrimonii pars in his regnis ex bonis emphyteuticis constat quare ad vitandã falsitatem, & subornationem, ad probãdas nominationes, trium testium numerus fuit præscriptus.

Quæ omnia sine difficultate procedunt, quando nominatio ad emphyteusin fuit inter viuos facta. Ceterum vbi nominatio mortis caussa donationẽ sapit, quinque saltem testes requiruntur, ex regula, *l.fin.C.de donat.caussa mort.* & diximus *supra c.3.nu.8.* Quæ tñ resolutio non modicam habet difficultatẽ, aduertendo mortis caussa donationem codicillis, quoad testium numerum comparari, quoniam & isti quinq; testes exigunt. *l.si C.de codicill.* Cõparatur etiam testamento rustici, q̃ similiter quinque testes requirit, *l.fin.C.de test.* Quamobrem in his regnis nõ satis expeditum est, quot testes, in donatione caussa mortis sunt necessarii. Nam solemnitas septem testium, quæ iure communi, in testamentis requirebatur, *vt in l.hac consultissima, C.de testa.* hodie apud nos ad quinque testium numerum redacta est, excepto notario, seu tabulario, ex Ord. *libr. 4.tit.80.in prin.* Pari etiam ratione solemnitas quinq; testium, quæ in testamento rustici desiderabatur, ad tres angustata est, *vt d.tit.86.§.2.* codicillis vero quatuor tñ testes adhibentur, ex *l.Regia lib.4.tit.86.§.1.* Quapropter si codicillis mortis caussa donationem comparemus, quatuor testes sufficere videntur: si vero rustici testamento, tres. Quid igitur dicendũ? Et Bald. quidem, & Saly. *a.6.in l.si.C.de test.* voluerunt, legem vel statutum, minuens testamentorum solemnitatem, locum habere etiam ratione caussa mortis, intelligentes, eo ipso caussæ mortis donationis solemnitatem remissam videri, sequuntur Alex. & Dd. *in l.a.ff.de leg.1. Roman.sing.523.* Ruin. & Guliel. quorum ad id meminit Burg. *in l.Tauri,n.815.* & Couar. *in rub.de test.3.p.n.21.* Adducunt ii auctores. *l Marcell.in prin.ff.de don.causs.mort.& in l.cum hic status.§.si mules ff.de don.inter vir.& vxor.* ibi. *Nam & mortis caussa donare poterit, cui testari permissum est.* Quamuis verom sit, e contrario aliud fore obseruandum, si forte lege aut statuto testamentorum solemnitas augeatur, & amplificetur: vt non proinde donationis caussa mortis, aut codicillorum aucta censeatur vt tradit Burgensis, *in d.l.3.Tauri,n.815.* & Couar. vbi supra, qui propterea respoodent, hodie, in regnis Castellæ coarctatã, & diminutam esse huius donationis solemnitatem, quia & testamentorum similiter illa per *d.l.3.Tauri*, remissa est. Quo argumento, in his Regnis Portugalliæ, dicendum est, donationem caussa mortis, saltem quinq; testes exigere per legem Regiam, *lib.4.tit 80.in prin.* necessarios. Et iuxta hanc interpretationem, in hoc Regno dispositioni, *d.l.fin.C.de don.causs.mort.* adhærendum est, cũ aliis quæ tradit Burgens. *d.l.3.n.814.* Nec quicquam vrget, regula *d.tit.80.in prin.* quæ vltra illos quinque testes, tabularium exigit; quoniam *vt in a.l.3.* Burg. obseruauit, *n.815.* ea adiectio explodenda est, quamuis foret admittenda diminutio, si forte quatuor testes in testamento sufficerent, *ex Couarr. vbi supra, num.21.*

Nihilominus †tamen recte dici potest, in his regnis solemnitatem donationis caussa mortis, regulandam fore, a codicillorum solemnitate, de qua lex Regia meminit, *tit.86.§.1.* quæ quinque testium numerum de iure communi requisitum ad quatuor dumtaxat restrinxit. Quare idem videtur omnino respondendum, in donatione caussa mortis, quæ quo ad solemnitatem codicillis comparatur. Vnde statutum in vno ex æquiparatis, dicitur etiam statutum in reliquis, *gl.in c.si postquam, de elect.in 6.Bar. in l.si constante, ff sol.mat.q.7.Ias in l.ex facto, ff. de vulgari, nu.6.& in §.ex maleficiis, Inst. de actionib. nu.39. cum seq.& in auth.quas actiones, n. 19. C.de sacros.Eccl. & in l transigere, C.de transact. nu.15. Negusantius de pign.in 4.memb 2.part au 23* Socinus, qui hoc argumento vtitur ad casum, de quo ibi, *in consil.impresso post lecturam ff.de verb.obl a.30.Cassadorus, in titul.de const.dec.5.n 4.& in tit.de iure patron.q.6.num. 8. tradit Tellius, Fera.in l.4.Tauri, nu.25.Bello.cons.53.n.12. Riminald.in §.2 Inst.quib.alien.licet, num.45.cum seq. pag.700* Nec existimet quis hoc argumentum ab æquiparatis cessare, in casu *in d.l.Regia, tit.86.§.1.* quoniam satis constat correctoriam esse, & proinde ad casum ęquiparatum, & sic donationem caussa mortis, extendi non posse, ex his, quæ scripsit Burgens. *d.l.3.Tauri, n.819.& Rimin.d.n.45.cum seq.* quoniam & si multis ea resolutio placuerit, multo pluribus cõtraria verior visa est, qui hoc argumentum etiam in correctoriis probarunt, vt est videre per Aymonem *in tractat.de antiqu.tempo.4.part.num.98 fol.118. Paulum Oreanum, in leg.1.ff.de offic.eius, numer.56. Barbatiam in rubric. C.qui admitti num.160. cum seq.* & dubius id tradit Rogerius, *lib.de iuris interpret.pag.257. numero 33.* 5

Nec mirum, †quia in cõtrarium pro priore sententia, quam probarunt Burgens. & Riminal. vrget nimis communis illa nostrorũ opinio, quæ habet, auth. *quas actiones, C.de sacros. Eccles.* quatenus corrigit dispositionem, *l.fin. alius titul*, negantem aduersus Ecclesiam posse minori centum annorum spatio præscribi ad ciuitatem extendi non posse; quia in correctoriis cessat argumentum a paritate rationis, vt omnes probant, *in l.si vero, §.de viro, ff.sol. mat. Bart.& Dd.in l.omnes populi, ff.de iust.& iur.& in l.si constante, vbi Crotus, num.47. Paris.libr.3.cons 47.nu. 79.& lib.2.cons.54.nu.fin.* Imo neque a maioritate rationis, in correctoriis argumentum admittitur, *vt tradit Panorm.in c.tua, de sent.excomm. Imol.d.§.de viro, Rogerius lib.de iuris interpretat.§.5.nu.59.pag.103.* Quocirca si præd.auth. *quas act.* quia de Ecclesia tãtum meminit, ciuitatem non comprehendit, & si alias comparentur, & æquales censeantur, *vt ibi ad not.gloss. communiter recepta secundum Iason nu.21.& Corneus, lib.1.cons.35.nu.24.& Aymon.lib.de antiq.temp. fol.182.num.32.* (licet Boerius, *quæst.264.nume.25.* incaute contrariam sententiam receptam affirmet) sic etiam eadem ratione in proposita specie lex Regia, *d.l.§.1.titul.86.libr.4.* ius commune corrigens, in codicillis, ad mortis caussa donationem, extendi non debet, & si casus sint æqui- 6

parati, ſcilicet mortis cauſſa donare,& codicillos facere.

7 Verum † quia regula a nobis ſupra tradita, ex argumento ab æquiparatis, etiam in correctoriis obtinet,& vera eſt, vt vltra prædictos auctores eſt videre per gloſſam fin. *in l. ſi quis ſeruo, C. de furt. & in leg. quod vero, ff. de legibus*, vbi gloſſ. & eſt recepta ſententia ſecundum Iaſonem, *in authen. quas actiones, num. 19. C. de ſacroſ. Eccleſ. & in l. 3. num. fin. ff. de re iud. Alex. conſ. 171. n. 3. lib. 7.* Sane probabilis fuit error Boerii, *d. q. 264. num. 25.* aſſerentis d. Auth. *quas actiones* comprehendere etiam ciuitatem, quæ Eccleſiæ cōparari ſolet, quæ maxima eſt profecto antinomia & inextricabilis difficultas, in qua diſſoluenda, interpretes nimis diſcruciātur, vt eſt videre per Iaſonem, *dict. Authen. quas actiones, num. 19. & per Aymon. de antiq. tempo. fol. 149. num. 8.* Inter omnes illa præſtantior ſolutio eſſe videtur, quæ placuit Iaſoni, *in leg. Marcellus, num. 28. ff. ad Trebell.* quod gloſſ. *dict. l. ſi quis ſeruo, & d. l. quod vero*, nō loquitur in correctoria lege, ſed magis in exorbitante dumtaxat, quæ facilius ſolet extendi, & ampliari, quam correctoria; quam interpretationem, & ſi Iaſon ſibi tribuat, prius obſeruauit Anania, *conſ. 27. num. 8.* Cui ſolutioni ego ſane accederem, niſi agnouiſſem, iam ſupra citatos auctores, & quam plures alios paſſim, hanc traditionem vti veram, & receptam probare, quod in correctoriis admittitur argumentum ab æquiparatis, vt quod diſponitur in vno, dicatur etiam diſpoſitum & in alio. Nec ad id abs re eſt, ſi conſideres, *d. l. ſi quis ſeruo*, non ſolum eſſe exorbitantem, ſed etiam pœnalem, & nihilominus extendi ad caſum æquiparatum, *vt per gloſſam ibi.* Quocirca non videtur commoda differentia inter correctoriam, & exorbitantem legem, aut pœnalem, quam Iaſon, & Anania, conſtituere voluerunt.

8 Poteſt † ergo aliter reſponderi, tunc demum admittendum fore argumentum ab æquiparatis, in correctoriis, quando illa ſunt in omnibus, & per omnia, æqualia & comparata, vt cum Matheſelano reſpondit Iaſon, *in dict. Auth. quas actiones, num. 19. & in Auth. nouiſſima, num. 38. C. de inoffic. teſtament.* & Crotus *in l. omnes populi, numer. 178. ff. de iuſtit. & iure.* intelligentes ciuitatem Eccleſiæ comparari, in caſibus tantum expreſſis, *in dict. l. fin. C. de ſacroſanct. Eccleſ.* non in reliquis. Quæ reſolutio, multo minus placet, cum agnoſcam ad admiſſionem argumenti ab æquiparatis, ſatis eſſe, quod concurrat æqualitas in caſu illo, ad quē cōtendimus oportere fieri extēſionem, quemadmodum concurrebat, in caſu dict. *l. fin. C. de ſacroſ. Eccl.* ita hoc probatur obſeruandum *in l. fin. C. de collatio.* & tradit Iaſon, *in §. ex maleficiis, num. 43. Inſtit. de actio. & in l. tranſigere, C. de tranſact. num. 15.*

9 Vnde † ſi communem defendere cupiat lector beneuolus, quæ habet non obſtante æquiparatione Eccleſiæ, & ciuitatis, de qua *in dict. leg. fin. C. de ſacroſanct. Eccleſ. Authen. quas actiones*, non comprehendere ciuitatem, quia de Eccleſia tantum meminit, dicat cum Paulo, *conſil. 441. colum. pen. ad fin.* prædictam doctrinam gloſſæ procedere, & dumtaxat admittendam fore, quando æquiparatio caſuum, de quibus agitur, procedit, ex eadem omnino ratione, non ſic, ſi ex diuerſa, ſequitur Alexand. *conſil. 89. numer. 10. lib. 6.* & Crotus *in dict. leg. ſi conſtante. 1. lectu. ff. ſolut. matrim. num. 47. Tiraquell. in l. ſi vnquam. C. de reuocatio. donatio. verbo libertis, num. 37. ad fin.* ſecundum quam traditionem procedit communis ſententia, & reſolutio, negans, d. authent. corrigere, *d. l. fin.* reſpectu ciuitatis, cuius priuilegium ratione publica fundatur, Eccleſiæ vero, diuino fauore, & ſic diuerſo. Vbi ergo æquiparatio ab eodem fonte, & ratione procedit, argumentum æquiparatorum etiam in lege correctoria, neceſſarium eſt, qualis eſt Ordinatio, *dict. lib. 4. tit. 86. §. 1.* reſtringens numerū teſtium in codicillis ad quatuor tantum teſtes, non obſtante, *leg. fin. C. de codic.* quæ exigit quinque: ea nempe ratione, ne qua fraus, in codicillis committi poſſit, quæ eſt ratio, propter quam in teſtamentis, ſeptem teſtes requiruntur: verum in his ſeptem ſunt neceſſarii, quia de maiori periculo agitur, propter heredis inſtitutionem, quam codicilli non capiunt. Porro in donatione cauſſa mortis, eadem prorſus ratione quinque teſtes, qui de iure communi requiruntur, adhibendi ſunt, ne quam fraudem infirmus, mortis ve cauſſa donans patiatur, per teſtium minoris numeri corruptionem. Quocirca cum æquiparatio huius donationis, & codicillorum, ab eodem fonte & ratione profluat, neceſſario fatendum eſt, quatuor tantum teſtes ad probandam mortis cauſſa donationem ſufficere, quēadmodum & codicillorum probationem, *ex l. Regia, lib. 4. tit. 86. §. 1.*

10 Quamobrem † ſi quis mortis cauſſa nominare ad emphyteuſin velit, quatuor ſaltem ſunt adhibendi teſtes, coram quibus ex cauſſa mortis, vel poſt mortem ſuam, aut cum morietur, ſeu nominare profiteatur, *iuxta ſupra reſoluta, in princ. huius titul.* Quod ſummopere obſeruandum eſt, quoniam vulgus omnino contrarium per hunc text. opinatur, qui ſolum loquitur, & procedit, in nominatione inter viuos facta, non mortis cauſſa. Verum vbi habēs emphyteuta variandi poteſtatem, ſimpliciter nominauit, & ſi verum ſit, eam nominationem per tacitam relationem ad mortem, mortis cauſſa donationis naturam aſſumere, *vt iam diximus*, quia tamen inter viuos facta eſt, & perpetuo valet, niſi reuocetur, niſi trium teſtium numerum admitterem ex auctoritate Pauli, & aliorum, *in l. vnum ex familia, ff. de legat. 2. §. 1.* qui loquuntur in nominatione reuocabili, & tamen duos tantum teſtes ſufficere concedūt, Quod nota.

11 Subdit † vlterius legiſlator, *E valera a dita nomecano, &c.* intellige adhibitis tribus teſtibus, *vt paulo ante explicauimus.* Aliter ſi coram duobus tantum nominatio celebrata ſit, nihil actum eſt. Cum enim ſancitum ſit, nominationem tribus teſtibus cōcurrentibus validam eſſe, ſi alter teſtium deficiat, corruit nominatio, quemadmodum & teſtamentum, ſi vnus ex ſeptem teſtibus deficiat, *l. ſi vnus, 12. ff. de teſtament.* idque ſatis in terminis poſt Cardinalem probat Firmius, *libr. de Gabellis, verſic. [illegible], num. 36. volum. 3. tract. fol. 22.* Vbi aſſerit, quod vbi lege, vel ſtatuto requirūtur tres teſtes, in inſtrumento, ſi cum duobus tantum celebretur, corruit. Cōcordat Afflictus, *lib. 1. conſt. rub. 17. num. 13.* ſic intelligens text. ibi exigentem tres teſtes ad probandam defenſam, quod non ſufficiant duo etiam in dignitate conſtituti.

12 Sed, † *an reuocatio nominationis factæ eundem numerum trium teſtium deſideret, ac expoſcat?* Quæſtio eſt

est solutione facilis, si consideres, nihil magis naturale esse, quam per easdem caussas, quid dissolui, per quas fuit contractum, & in esse deductum. Quare semel factum rite testamentum, non nisi alio æque iure facto reuocatur, *§ posteriore, Inst. quib. mod. testa. infir.* Suffragatur regula, quæ habet, contrariorum eandem esse disciplinam, & iuris dispositionem, vt omnes resoluunt, *in rub. ff. de acq. possess. præsertim Ripa. nu. 8.* Vbi ait eandem prorsus solemnitatem necessariam esse, in actus dissolutione, quæ necessaria fuit in illius confectione, *glossa recepta, in l. ab emtione, ff. de pact. & ibi Doctores, tradit Pelaez. lib. 1. Maiora. q. 43. in prin.* Quod tñ intelligendũ est procedere & vera & expressa in reuocatione, non vero in tacita, quæ per rei alienationem, aut inimicitias superuenietẽs inducitur, vt iam supra obseruauimus, *cap. 3. num. 35.* vbi resoluimus, duos tantum testes sufficere. Quæ est notabilis limitatio ad id, quod proxime tractabimus de nominatione facta p scripturã, cuius reuocatio, nequit aliter, quam per publicam scripturam probari. Debet sane illud intelligi in expressa reuocatione, non tacita, per supra scripta, per ea, quæ tradit Pelaez, *d. quæst. 43. num. 5.* Vbi inquit, quod quando tacite adimitur res data, vel legata, puta interuenientibus postea inimicitiis, vel alio quopiam simili, sufficiunt duo testes, *vt notat Paul. Castr. in l. heredes palam, § si quid post. ff. de testament. & in l. fideicommissum post Bart. ibi. C. de fideicommiss. & in l. datum, C. de legat. Bald. in l. errore, C. de test.* & idem tenet Aretin. *in d. § si quid post.* & hæc est communis, quicquid teneat Salycet. *in d. l. fideicommissum.* quam communem etiam sequitur Alciatus, *in leg. moribus, num. 66. pag. 125. ff. de vulgar. & pupill.*

23 Diximus, † tacitam reuocationem nominationis non exigere tres testes, quos esse necessarios ad probãdam nominationem censemus. Verũ, quia in dubiũ reuocari põt, qñ dicatur emphyteuta tacite reuocare, existimo, illud cõtingere, qñ postquã me Titius nominauit, aliũ rursus nominauit quamuis meæ nominationis nullam prorsus mentionem fecerit, *vt tradit Grego. Lopez in l. 39. tit. 9. partit. 6. verbo reuocar*, ex auctoritate glossæ, *in l. Seia, ff. de donation. causs. mort.* licet ibidem contradicat Paul. *in fin. & Grego. Lopez sequitur Pelaez, libr. 1. Maior. q. 43. nu. 6. & 7.* Amplians etiam si secunda nominatio fiat, in fauorem personæ inhabilis, per text. *in l. & si transferam, ff. de adim. legat. & in l. legatum, § pater hortos. eod. tit. Peralta, in leg. qui testamento, nume. 5. ff. de legat. 2. § 477.* vbi late hanc rem prosequitur, cui adde Romanum, *singu. 137. Iason. in leg. certi condictio, § quoniam, num. 8 ff. de legat. 1. Soarez in leg. quoniam in prioribus, quæst. 9. num. 2.* Quorum opinio in emphyteutica nominatione probabilis est, quia inter plures diuidi non potest, & sic non nocet text. *in leg. si pluribus ff. de legat. 1.* Verum hæc traditio, casui, quem tractamus, minime applicari potest, quia huiusmodi nominatio secunda, aliter quam per tres testes probari non potest, per legem Regiam. Quocirca, iuris ratio non patitur, ex ea non probata, reuocationem prioris inducere. Secundo tacita reuocatio inducitur, si emphyteusin parens, qui nominauit, alii vendat, *l. fideicommissa, § si rem, ff. de legat. 3. tradit Pelaez, d. quæst. 43. num. 11. Alciatus in l. non omnis ff. si certum petat. Tellius Fern. in l. 17. Tauri, numer. 17. cum sequent. cum aliis relatis a Pelaez. d. loco, & quæst. 46. in princ. lib. 1.* amplians etiam si postea redimat. Tertio reuocatur, per inimicitias, *l. 3. § fin. cum l. seq. ff. de adi. legat. Pelaez. dict. quæst. 43. num. 14.* negans heredi emphyteutæ ex hac caussa reuocandi potestatem, quando ille viuus non reuocauit. Non nocebit tamen nominanti, quod inimicitiis caussã dederit, *vt ibidem Pelaez. probat, n. 17.* proderit tamẽ nominato reconciliatio, *per l. in ipsius, C. famil. hercisc. Pelaez d. loco, nu. 18.*

Hic incidit pertractanda quæstio celebris, quam hoc anno 1595. mense Aprili in facto habuimus. Michael Barbosa ciuis Viamensis habebat facultatẽ Regiam, vt officium, seu militiam, quam emerat, post mortem suam nominaret, in quem vellet. Is testamento in scriptis condito nepotem ex fratre nominauit, ea conditione, vt in vxorem duceret neptem ex vxore. Clausum testamentum iuxta formam, *l. Regia, lib. 4. tit. 80. § 1.* adhibito tabellione & testibus approbauit, eamque postremam eius voluntatem declarauit, qui testamento clauso subscripsere cum testatore. Postea dictus testator importunis precibus vxoris impulsus ac coactus, testamentum clausum resignauit, & linum, quo ligatæ erant tabulæ testamenti, incidit, addidit huiusmodi verba, *Nomeo no meu officio a N. neta de minha molher, pera que a ajaa pessoa que con ella cazar*, ac rursus clausit testamentum, ac decessit: quæsitum est, *vtra harum nominationum, an prior, an posterior valeret?* Respondi priorem quidem valere, quoniam nominatio in testamento facta, æqualem vim habet, ac robur cum ipso testamento; & ab ipso vires accipit, ibi: *se o dito nomeante fizer seu testamento per palaura, com as testemunhas que a nossa Ordenacão requere, & fazendo assi o dito testamẽto no mear, valera a dita nomeacano assi feita no dito testamento por palaura*, & rursus, *in § 4.* ibi: *E aquelle que assi ha de nomear fizer hum testamento, no qual nomear.* Vbi legislator inquit, nominationem factam in testamento, sequi naturam testamenti, ac proinde reuocato aut irrito facto testamento, nullius quoque momenti, aut irritam manere nominationem, & iterum nominandi facultatem superesse: quoniam nominatio ita facta in testamento ita reuocato, aut irrito, perinde nulla est, ac si nunquã facta fuisset. Cum ergo huiusmodi nominatio in testamento in scriptis facta habeat omnia solemnia testamenti, nempe approbationem testantis, tabellionis fidem, testium præsentiam & solemnitatem, vno contextu factam, iuxta formam Ordinationis, *lib. 4. titul. 80. § 1.* vtique solemnitas adhibita priori nominationi, non porrigitur ad nominationem posterius factam: quoniam, quemadmodum posterior nominatio testibus destituta est, tum etiam, vt reuocet primam, adhibenda est eadem solemnitas, quæ in priori interuenerat. Primum probat Ordinat. *libr. 4. titul. 37. § 2.* vbi ad reuocandam donationem in scriptura publica factam alteri, poterit denuo nominatus saltem tribus testibus nominationem probare, & valebit nominatio, aliter nulla erit. Secundum probatur: nam eadem solemnitas, quæ in nominatione desideratur, in eius quoque reuocatione, seu mutatione adhibenda est, text. *in l. heredes palam, § 1. ff. de testament.* ibi: *si quid post factum testamentum mutari placuerit, omnia ex integro facienda sunt*, per quem textum passim Doctores tradunt solẽnitatem requisitam, in conficiendo testamento requiri quoque in eius reuocatione,

gloss. & Doctores, in l. cum proponebatur, ff. de leg. 2. Bal. in l. fin. column. fin. C. de fideicommiss. Ias. in l. si ex toto. col. 1 ff. de leg. 1. & in rubr. ff. de acq. possess. Decius in l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur. Hippolyt. in rubr. C. de proba. num 346. & Tiraquell. in ll. connubialibus, gloss. 5. num. 13 Segura in l. quemadmodum, col. 3. ff. de acquir. possess. & probatur in l. nihil tam naturale ff. de reg. iur. Burgos de Pace, l. 3. Tauri, 1. part. conclus. 4. num. 813. ad fin. Sic solemnitas, quæ requiritur in contractu, eadem & in distractu requiritur, l. si ad resoluendam. C. de prædiis min. Vbi lex prohibens minorem contrahere super re immobili, sine auctoritate & decreto iudicis, habet locum in distractu, quem text. adhoc expendit, & not. Bald. in l. præses, col. 2. vers. idem apparet, C. de transaction. & in l. 1. post princ. C. si aduers. transact. & cons. 220. proponitur, lib. 1. vbi inquit in distractu ita requiri scripturam, sicut in contractu, & cons. 415. illa solemnitas, in princ. lib. 2. repetitum, consil. 481. libr. 4. & Roman. consil. 280. vnde Alexand. in l. centesimis, §. fin. in fin. ff. de verbor. obliga. inquit, eandem solemnitatem requiri in reuocatione actus, quæ in confectione ipsius, quod ante voluit Barto. in l. quod iussit, colum. pen. vers. quæro an partibus. ff. de re iudicat. & in l. Actor. col. pen. ff. rem ratam haberi, & Baldus in l. si ita. §. regula, ff. de liber. & posthum. & in l. si vt proponis, C. de nuptiis, & in l. omnium, ad fin. versic. item nota, quod licet princeps. C. de testam. & in l. vltim. col. fin. C. de fideicommiss. Cardin. & Imol. in cap. relatum. de testa. Roman. consil. 65 viso themate, column. 2. vbi allegat, d. §. si quis post, & l. si puella, ff. de sponsalibus. & l. nuptia, ff. de ritu nuptia. Alexand. consil. 134 super præmisso, in fin. lib. 7. Felin. in cap. edocere, de rescript. vers. non obst. prædictis, & ante omnes gloss. in l. tria prædia, & ibi Paulus Castrens. ff. de seruit. rustico. prædio. Et id quidem perpetuum, & generale est in omnibus, vt dissolutio, siue resolutio aut reuocatio cuiuslibet actus vel rei, easdem vires, naturam, qualitatem sortiantur, iisdẽ regulis subiiciantur, quibus ipsius actus vel rei confectio sine productio, aut generatio. Quod & apud Aristotelem de generatio. lib. 1. cap. 1. dicebat Anaxagoras, inquiens generationem & interitum esse eiusdẽ naturæ, & probat Iureconsultus, in l. nihil. 35. ff. de regul. iur. (Nihil, inquit, tam naturale est, quam eodem genere, quodque dissoluere, quo colligatum est, ideoque verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissoluitur) & vide plura in hanc rem adducta a Tiraq in ll. connub. gloss. 5. num. 14. vsque ad num. 18. & per Rimnald. in princip. de donatio a num. 257. vsque ad num. 261. & 528. & 529. & decis. Pedemontan. 53. num. 10. cum seq. Ex quibus cum posterior nominatio, post testamentum conditum, & a testatore approbatum, & post solemnitatem adhibitam, denuo fuerit, adiecta, seu addita testamento, citra vllam solemnitatem, vtiq; nullius momenti est: nec prioris nominationis effectum ac robur impedit regula non præstat, de regul. iuris. quoniam pro solemnitate substantiali apud nos sancitum est, nominationem non aliter valere, quam tribus testibus, ex Ordin lib. 4 tit. 37. § 3. Quare cum lex hoc inducat pro solemnitate, ea nõ obseruata, nominatio nulla redditur, ex traditis per Baldum in leg. 1. in fin. C. qui admitti, & not. in l. 1. & 2. ff. de liber. & posthum. & l. cum hi, §. si prætor, ff. de transaction. Socin. consil. 230. viso, column. 2. versicul. & quantumcunque, libr. 2. Calcaneus consil. 13. pro pace, colum. 1. Tiraquell. in ll. connub. gloss. 4. num. 2. in fine. Non enim sufficit testatorem postea nominasse, neptem vxoris, post adhibita solemnia, priori nominationi, quoniam consensus formæ & solemnitatis in ipso actu nominationis, & approbationis testamenti, interponi debet, nec postea interuenire, per tex. in cap. auditis, iuncto. cap. quia propter, de electione. Innocent. Anton. & Imol. in cap. cum consuetudinis, de consuetud. Cyn. & Bald. in l. fin. C. ad Macedon. Ioann. Andr. in cap. 1. de rebus Eccl. Bald. in leg. 1. C. qui admitti, cum aliis adductis a Tiraquell in ll. connubial. gloss. 6. num. 3. quoniam indiuiduum est, quicquid ad solemnitatem exigitur, id est, ab actu diuidi & separari non potest, vt pulcre dicit Baldus, in cap. 1. colum. 1. de alien. feudi pater. probat text. in leg. cum auctoritas, C. de testament. & in leg. heredes palam. in fin. & actus formalis est indiuiduus, quia forma est indiuidua, l. furiosum, vbi Bartol. & alii, C. qui testament. facere poss. cum aliis per Tiraquell. de retract. lign. §. 1. gloss. 21. num. 12. Tum etiam, quia quæ sunt de forma vel substantia, debent esse contemporanea & simul explicari, Cardin. & Imol. in Clement. caussam. § pen. de electione. probat l. cum hi, § si prætor, ff. de transactio. Et propterea cum actus seu nominatio ex defectu solemnitatis corruit, non potest postea confirmari ex interuentu ipsius solemnitatis, Ioann. And. in cap. 2. de vsur. lib 6. Bartol. in l. filio præterito ff. de iniusto testament. & in l. 1. §. sed si filius, ff. de leg. 3. A fortiori igitur, vbi post nominationem non interuenit vlla solemnitas, quam præcedens solemnitas priori nominationi adhibita, non cõprehẽdit, nec trahitur retro ad tempus testamenti, quo ipsa nominatio posterior adhuc non erat facta. Ex quibus respondimus, priorem nominationem valere, quoniam solemnis: nec ab vltima reuocari, quoniam irrita & nulla est, omni solemnitate destituta: quare nec expressa nec tacita sufficit reuocatio, nisi necessaria legis solemnitas accesserit, quæ vires ac robur nominati tribuit: ac proinde per eiusmodi nominationem dicendum est testatorem non voluisse id, quod de iure non poterat, cum omnes actus humani procedant ex voluntate & potestate simul iunctis. cap. cum super Albasia, & ibi Decius 4. notat. de offic. deleg. & si alterum deficit, actus vitiatur l. multum interest, C. si quis alteri, vel sibi. l. qui in aliena, §. 1. & ibi Iason 1. not ff. de acquir. hered. præsumitur enim testatoris mens esse conformis iuri communi. l. si duo, in fin. ff. de acquir. hered. cum aliis adductis a Neuizano, consil. 2. num. 4. imo & statutis loci & consuetudini, vt ibi num. 5. & 6. Denique respondimus, nominatum ad officium grauari non posse, vt neptem vxoris duceret, cum illud officium non a patrimonio aut hereditate nominantis, sed a gratia & beneficio Regis proficisceretur, argument. l. si arrogator, ff. de adoption. ibi: quia hoc non iudicio eius ad eum peruenit, sed principali prouidentia, ac proinde contrahere matrimonium volentem dotem petere posse, nec cogendum ob officii nominationem indotatam vxorem accipere.

Subdit vlterius† legislator, E as ditas nomeacões 14
nam se poderam prouar, per testemunhas, quando a has ouuer alguma outra nomeacam feita per escriptura publica. Ex his verbis deducitur, notabilis limitatio ad regulam supra traditam, quæ habet, omnem nominationem, & eius reuocationem, saltem per tres testes probari posse, vt non procedat, quando præcedit

dit alia nominatio, in fauorem alterius persoonæ facta, in publica scriptora: quo casu secunda nominatio, prioris reuocatoria tacite, aut expresse, nequit aliter, quam per publicam scripturam probari. Diximus *tacite* respiciẽtes casom, io quo emphyteuta, qui reuocabiliter nominauerat, eandem emphyteusin, nominando alii concedit. In qua specie tacite dicitur priorem nominationem reuocare. Diximos vero, *expresse*, quia quaodoque contingit in secunda nominatione, nominatim primam reuocari, quandoque etiam citra vllam oonam oomioationem emphyteutæ placet, priorem nominationem reuocare. Quocunque igitur modo id contingat, si prior oomioatio publica scriptura celebretur, secunda reuocatoria, siue tacitam, siue etiam expressam, prioris reuocationem contineat, siue etiam simplicem reuocationem complectatur, necessaria est publica scriptura, neque vlli testes sufficiũt, vt hæc lege sancitum est, ex regula, *l. nihil tam naturale, ff. de regul. iur.* Quo fit, vt mutui, seu debiti per publicam scripturam celebrati, solutio nequeat aliter, quam per aliam similem scripturam probari, *l. testium. C. de testibus, Bartol. in l. generaliter, C. de non num. pecun. & in l. cum de indebito, in fin. ff. de probatio. Angel. in authen. de instrum. caut. & fide. §. 1.* Quod profecto ex verosimili mente contrahentium videtur posse deduci, qui cum potuerint, libere coram testibus cootrahere, de illorum auctoritate, fide & constantia, diffidentes, per publicam scripturam contrahere maluerunt: iotelligẽtes, scripturæ fidem & coostaotiam perpetuam esse & immutabilem, & consequenter omoem fraudis occasionem conquiescere. Qua ratiooe si a semel placitis recedere volũt, iuri & rationi consentaneum est, distractum similiter p publicam scripturam celebrari, vt euidens appareat voluntatis demonstratio, contrahentem a placitis recessisse, vt omnis machinaodæ fraudis, aut falsitatis cooflandæ aosa præripiatur. Quod in his Regnis nullam habet ambiguitatem ex Ord. Regia lib. 3. tit. 59. §. 3. vbi legislator io hęc verba: *E posto que nas cousas moueis se possa receber proua por testemunhas, ate contia de sesenta mil reals, assi pera prouar o contracto como para se prouar a paga & distracto, ou quitacão: emperose o contracto principal for feito & celebrado por escriptura publica posto que seja de menos contia que os ditos sesenta mil reals, prouarse ha a paga, ou quitacão ou distracto por outra escriptura publica: & não sera em tal caso recebida proua de testemunhas.* Probat etiam Ordinatio eadem in §. 11. ibidem. Vbi postquam inter parentes, & filios necessariam noo esse publicam scripturam, statuit, subdit: *Porem se antre estas pessoas, for contratado, per escritura publica não se poderão prouar os distractos, pagas, ou quitações antre elles mesmos senão por outra escritura publica, por que pois podendo contratar sem escriptura, quiserão fazer escritura publica, queremos que isso mesmo o distracto paga ou quitacão seja por escritura.* Ecce qualiter leges Regiæ probent contrahentes per scripturam publicam, cum illam omittere potuerunt, non posse aliter, quam per publicam scripturam distrahere, quod iuri cooueuit, *in l. nihil tam naturale, ff. de reg. iur. & l. 1. C. quando liceat ab emt. disced. & l prout quisque, ff. de solutio.* Quæ enim solemnitas ad alicuius actus confectionem exigitur, eadem quoq; in eiusdem actus dissolutione oecessaria est, *gloss. receptain l. cum proponeretur, ff. de leg. 2.* Quare vtiliter ad propositum nostrum, Baldus, *in l. fin. colu. fin. versicul ex hoc infero, C. de fideicommiss.* ait, quod vbi statuto cauetur, quod legatum, duobus testibus possit probari, ibi eiusdem reuocatio, totidem probabitur, ex præscripta regula, qua etiam motus Aocbaran. *consilio 351.* firmat, quod vbi debiti solutio testibus probari nequit, non potest etiam ipsum debitum, Concordat etiam plura referens Gigas *de pensionibus, q. 45. in prin. col. 1.* ioferens proinde, quod quemadmodum pensio beneficialis, non potest cuipiam constitui & assignari sine superioris consensu, *vt ibidem resoluit, q. 6. & habetur in cap. nisi, de prabend. & in cap. praterea. de censibus, & cap. de cetero. de transactio. Gamarus de officio legat. num 96. lib. 6. & num 77. Rebuffus, de pacif. possessio. ante nu. 102.* ita nequit superiore incoosulto remitti, quam sententiam probat Quintilianus Mandosius, *lib. de sign. grat. pag. 39. in fi. & Nauar. in nouo Manuali, c. 23. n. 111. & latius Gamarus, lib. de officio lega. 6. nu. 620.* & in regressu, & accessu, loquitur Quintilian. *lib. de signat gratia. pag. 40.* tradit in pensione locutus, *Soto. lib. de Iustit. & Iure. 9. q. 7. art. 2. col. antepen. cum sequ. Ludouic. Gomez. super regul. Cancell pag. 351 in princ. & Gigas, lib. de pension. q. 87.*

Quotum † quidem argumẽto, optime procedit, 13
quod hæc lex Regia probat secundam oominationem ad emphyteusio testibus probari non posse, qñ prio em emphyteuta per publicam scripturam cõfecit. Nam cum potuit priorem coram testib. facere, & noluit, adstringitur secundam per publicã scripturam conficere, aliter oihil actum erit, etiamsi plurimi testes adsint. Est enim hic vous de casibus requirentibus scripturam, ioter ceteros coonumeratus a glossa, *in capit. 1. de censibus. libr. 6.* & probat Imperator in l. testium, C. de testibus, ibi. *Omnibus præcipimus qui in scriptis a se debita retulerunt, quod non facile audiantur, si dicant omnis debiti, vel partis solutionem, sine scriptis se fecisse*, coocordat text. *in l. generaliter, C. de non numer. pecun.* ibi. *Nisi ipse e contrario per apertissima rerum argumenta, scriptis inserta religionem iudicis possit instituere*, tuncto principio, ibi. *Vt si quid scriptis cautum fuerit.* Concordat etiam text. *in l. cum de indebito, §. fin. ff de probation.* Vbi postqnam Iureconsul. præmisit, debitum fuisse in scriptis contractum subdit, *Tum enim oportet stare eum sua confessioni, nisi euidentissimis probationibus in scriptis habitis ostendere paratus sit.* Et de iure canonico concordat text. *in cap si cautio. de fide instrum. & ibi not. Doctores, & tradit Afflictus, q. 13. n. 25. & Costa in l. si ex cautione, C. de non numer. pecun. fall. 2. numer. 1. cum seq. pag. 79.* vbi citat *nu. 2. ante versi. Ex hac, Nicol. de Matar. Bald. Salyc. & Paul.* volentes supraicripta procedere simpliciter, siue scriptura prima fuerit de substantia contractus, quia id egerunt cõtrahentes, vt aliter si oe scriptura cõtractus nõ valeret, *iuxta notata, in l contractus, C. de fide instru.* siue noo fuerit de substantia, quia pro firmiore tñ probatione fuit facta scriptura: Quam sententiam hæc l. Regia comprobat hic: siquidem loqtur simpliciter in emphyteuta, nominante per publicã scripturam cum potuerit coram testibus nominare, quem posse aliam secundam nominationẽ coram testib. facere negat. Probat etiam *d. l. Regia d. §. 3. & 11.* facta relatione ad principium illius legis, quæ non loquitur in casu, quo scriptura est de substantia contractus: & oihilominus ẽt negat, distractum posse testi-

bus probari, in quo illa lex Regia est valde notabilis, quoniam in contrarium est cõmunis & recepta sententia Bartoli, Angeli, & Fulgosii, *d. l. generaliter, C. de non num. pec.* Angeli etiam *consi. 156. ad fin.* cum aliis, quorum meminit Costa *in d. l. si ex cautione. C. de non num. pecun. fall. 2. nu. 2. pag. 79. & 190.* quibus addo Iasonem *in l. 2. C. de iure emphyt. n. 167. ad fi.* & Lanfrancum *in cap. quoniam contra, de probatio. fol. 23. col. 2. versic. quaero vlterius.* qui omnes tunc demum concedũt, posse admitti testes, quando prima scriptura non est de substantia contractus.

16 Sed † his obstare videtur, *d. l. Regia, tit. 56. §. 14.* vbi pensionis solutionem emphyteuta potest per testes probare, & si verũ sit, ex publica scriptura cõtractus emphyteutici, illam soluendam & praestandam fore, quoniam scriptura est de substantia contractus emphyteutici, vt probat lex Regia, *libr. 4. titul. 19. in fin. princ.* Concordat cum d. l. Regia, Baldus *in l. testium. C. de testibus, Afflictus, q. 13. n. 26. Iason in l. 2. C. de iure emphyt. n. 167. ad fin. & nu. 171. Valascus de iure emphyt. q 7. n. 8. Octauianus dec sio. Pedemontan. 53 nu. 14. ad fi. & Anton. de Canario libr. de insinuatio. 1. part. in fin. vol. 11. tracta. fol. 284. & Carol. Molin. in 2. parte consuet. Paris. in prin. nu. 38.* licet contradicant Bald. *consil. 220. lib. 1.* & Aymon illum secutus, *lib. 1. consi. 112. n. 8.* & Salycet. *in l. 2. C. de iure emphyt. num. 17.* & post Alex. Auilensis *in capit. pratorum, cap. 1. verbo. Cartas, ante, nu. 7. fol. 26.* qui non agnouerunt, hoc casu emphyteutam per indirectum aduersus scripturam, seu instrumentum emphyteuticum probare pensionis solutionem non directe: quod facere eum posse Afflictus & alii supra citati concedunt, & dicit communem Iason *in l. sciendum, num. 10 ff. de verbor. obligat.* Quae est ratio, propter quam pro probanda pensionis solutione admittuntur testes aliter omnino repellendi, si directo ageretur de dissoluendo contractu, de cuius substantia est scriptura, secundum magis communem sententiam, *in d. l. generaliter. C. de non numer. pecunia & in d. l. testium. C. de testibus*, cui sane doctrinae lex nostra Regia in locis iam citatis manifeste repugnat, eorum probans sententiam, qui indistincte, remota omni distinctione, negant admitti posse testes, ad probãdum distractum, quando contractus per publicã scripturam fuit celebratus, vt contingit in casu huius legis, in quo ad probationem magis, & ob euitandas fraudes, & testium subornationem (quo palam constaret, ita se nominasse, vt variare posset) emphyteuta per publicam scripturam nominauit, quam quod voluerit eam scripturam esse de essentia, & substantia nominationis, & nihilominus ad distractum, seu reuocationem factae nominationis probandam, publica exigitur scriptura, quod & *in dict. §. 3. & 11.* obtinuit.

17 Sed † *an per apocham priuatam facta nominatio, dicatur, per scripturam facta?* Quaestio est in praxi frequẽs, & vtilis; Finge hypothesin. Titius Semproniũ per apocham priuatam, trium testium signis, & fide roboratam, ad emphyteusin reuocabiliter nominauit, seu elegit: deinde coram testibus aliis tribus, eandem nominationem reuocauit, aut alium nominauit. Exorta controuersia inter hos duos nominatos Sempronius dicebat, nominationem posteriorem nullam esse, & inutilem, praesertim quia priuatae scripturae cõtinentur appellatione scripturarum, vt firmauit Baldus *in lege prima, C. de iuramento. C. al. Innocen. in cap. 1. de sent. excommuni. lib. 6. Roman. consil. 23. Alciatus in l. nomine, §. instrumentorum, ff. de verbor. significat.* Ex diuerso alter postremo nominatus obiiciebat, apocham priuatam per se ipsam nullam omnino probationem facere, nisi ex dictis testium, in ea contenta confirmentur, *l. instrumenta, C. de probatio.* Qua ratione & si contineãtur huiusmodi apochae appellatione scripturarum, non tamen continentur appellatione publicarum, seu instrumentorum, secundum communem vsum loquendi, vt notabiliter docuit Iacob. Machelius *in suo patrocinio. 30. numer. 3. & 4.* respondens, *l. non ignorabit. C. ad exhiben.* statuentem, iuramentum in litem deferri posse, si publicum instrumentum non exhibeatur. extendi ad priuatam scripturam non posse, quia haec instrumenti, seu publicae scripturae appellatione non continetur. Quod etiam in simili tradit Afflictus *quaest. 10. 272.* resoluens huiusmodi priuatam scripturam, non posse post conclusionem in caussa produci, licet salua scripturarum productione in caussa fuerit conclusum: Intelligitur enim ea reseruatio, de scripturis habentibus probationem probatam, quales sunt publicae: non de priuatis, quarũ fides, & auctoritas pendet a testium dictis, & examine. Quamobrem quod Baldus & alii supra citati firmant appellatione scripturarum, priuatas contineri, Afflictus *dict. quaest.* posse procedere intelligit, quando priuata scriptura per se ipsam, plenam fidem facit, absque vllo testium examine & confirmatione, quales sunt in his regnis apochae Ducum, Comitum, Marchionum, Episcoporum, & similium personarum, de quibus agit Ordinatio *libr. 3. titul. 59. §. 15.* Quod idem me iudice erit obseruandum, in qualibet cuiuslibet priuati apocha, ab illo recognita, quoniam & haec per se solam, fidem plenam facit, vt eadem lex Regia, §. 9. probat, & tex. *in leg. Publia, §. fin. ff. depositi. leg. cum de indebito. §. fin. ff. de probat. authent. contra qui propriam. C. de non numer. pecun. cum aliis adductis per Aymor. de antiq. tempor. 1. parte, cap. visc, numer. 15. folio 31.* Nisi ergo huiusmodi apocha sit, quae per se ipsam absque testium adminiculo, & fide probationem faciat, huic legi in hoc §. 3. satisfactum dici non potest: siquidem plane se restringit, ad nominationem factam in publica scriptura per tabellionem, in suo libro publico Notarum, vt vocant, descriptam, iuxta l. Regiae formam *lib. 1. titul. 78. §. 4.* Quocirca in proposita hypothesi, dum in praxi de hoc interrogaremur respondimus, secundo loco nominatum, coram tribus testibus praeferendum esse, & si per apocham priuatam alter prius nominatus reiiciatur. Quod idem etiam respondimus, aliquando fore obseruandum, quando primo loco nominatus nititur publico instrumento a notario apostolico confecto. Horum namque notariorum, instrumenta, in his regnis, quoad res profanas, & tẽporales, publica non sunt, imo inutilia, omniq; fide & auctoritate destituta, iuxta l. Regiam, *lib. 2. tit. 20.* Quo non obstante respondimus, aliquando tribus extãtibus testibus, quibus probari nominatio valet, nominatum in huiusmodi instrumento, audiendum esse, dummodo denuo testes ipsos producat, & examinari faciat, ac procuret, ex auctoritate Pauli *in l. seruum, §. eum qui, n. 5. ff. de leg. 1.* vbi Alex. *in n. 3. & Ias. 5.* post Archi. asserentem communem.

Ex † praemissis etiam aliquando respõdimus, ha- 28

bentem

bentem nominationem factam in publica scriptura, præferendum esse ei, qui aliam secũdam habet, in priuata charta factam, quamuis plures habeat testes, qui se subscripserint. nã cum hæc nullam fidem faciat, per se sola, nisi testes denuo examinentur, vt cũ Afflicto, *q. 272.* proxime aduertimus, consequẽs est, in huiusmodi chirographo, seu priuata charta, contentam nominationem, instrumentalem non esse, ac perinde primæ standum fore, ex hac l. sic explicata.

29 Verum †, vt is secundo loco nominatus suo iure potiretur, primumq; nominatum excluderet, consuluimus, vt emphyteutam, qui nominauerat, in iudicium vocaret, & iureiurando ei delato, nominationis chartam recognoscere a iudice iuberetur: quo casu si nominans recognoscat in iudicio, a se scriptum vel subscriptum chirographum, nulla dubitatio est, hanc nominationem, suam vim roburque obtinere, quamuis ad id primo loco nominatus vocatus non fuerit: quoniam quemadmodum absenti, & ignoranti nominatio facta prodest, ita & nocet reuocatio, quæ maxime illo inuito fieri potest, & consequenter non vocato. *L. qui potest, ff. de regul. iur.* ibi. *Qui potest inuitis alienare, multo magis, & ignorantibus, & absentibus potest.* text. *in leg. nec non ignorante, & inuito. ff. de tuto. & cur. dat. ab his, & leg. 4. §. 1. ff. de fideicommiss. libert,* per quam regulam arguit glossa *in leg. 1. C. qui admitti. versicul. ratum,* quod si filius agnoscere posset inuito patre, & a fortiori, posset ignorante, & sic nunquam citandus est ille, quo inuito actus expediri potest, vt arguit Oldradus, *consil. 95. in fin.* ex forma istius statuti. Paulus Castrens. *consil. 94. super primo dubio, col. pen. in nou. alias consil. 227. & Roman. consil. 202. quoad primum, idem Roman. consil. 359. circa primum, dub. 5. & Alexand. in leg. si pacto quo pœnam. vlti. not. Cod. de pact. & consil. secundo, visis codicellis, volum. 1. & consil. 130. difficultas, eodem, libr. primo, & consil. 6. circa processum, colu. fin. vol. tertio, plura Rimminaldus in principio, inst. an alic. liceat vel non. numer. 192. & multo plura per Tiraquell. in tractat. res inter alios acta, a numero 29. vsque ad numer. 37.* Mouebar vlterius ad hoc ex auctoritate leg. Regiæ, *libro tertio, titul. 59. §. 10.* vbi sancitum est, huiusmodi chartam priuatam, recognitam publicæ scripturæ vicem obtinere, illiusque defectum supplere, ibi. *E em todo o caso, onde o Reo não pode prouar a paga, senão por escritura publica, se elle amostrar aluara priuado da dita paga ao Auctor, posto que não seja das pessoas a cujos aluaras se da tanta fe, como a escritura publica, queremos q o Iuiz de seu officio lhe pregunte per iuramento dos sanctos Euangelhos se he o dito aluara seu, & iurando que he seu absolua ao Reo, & negando condemne ao Reo.* Ecce qualiter apocha confessata, & recognita vicem publicæ scripturæ obtinet, & illius defectũ supplet. Nec mirum, si consideres in ea recognitione adesse confessionem creditoris, agnoscentis vera esse contenta in ea apocha, seu priuata charta, qua quidem confessione, nulla melior probatio est in iure. Quare & si omnis alia probatio, nisi sit instrumentalis, excludatur, ea tamen, quæ fit per confessionem, exclusa non dicitur, vt concludit Hippol. *in Rub. de proba. numer. 37. & Ripa. in l. nemo potest, ff. de leg. 1. n. 27. ad fi. Corn. verbo prorogatio, Menchaca, l. hac successi. reatio. §. 23. n. 1. & 21. cum seq. Tellius in l. 5. Tauri, n. 21. & Valasc. de iure emph. q. 7. n. 6.*

Qui † omnes hoc verum intelligunt, in casu, quẽ tractamus, nempe quando scriptura est de substantia probationis, quo casu illam supplet confessio, non vero, quando est de substantia contractus, quia tunc defectũ scripturæ non supplet confessio celebrati cõtractus. Etenim pœnitere licet vsq; ad vltimã scripturæ perfectionem, *vt in l. contractus, C. de fide instrum.* & probat, *l. Regia, lib. 4. titu. 36. in prin.* tradunt scribentes, *in l. pactum quod bona fide C. de pactis.* Quocirca cum casus, quem tractamus, eiusmodi sit, ad cuius probationem dumtaxat scriptura requiratur, recte procedit, quod diximus, sufficere priuatã apocham nominationis ab ipso emphyteuta nominante, recognitã, & cõfessatam: quoniam hæc cõfessio, instrumẽtali probationi comparatur, & propterea nunquam exclusa censetur, vt prædicti auctores resoluunt. & Alciatus *de præsumptio. 2. parte, n. 6. Afflictus in cap. 1. de mil. vasallo, numer. 147. cum seq.* & probat lex Regia, *libr. 4. titul. 19. §. 2.* Ibi. *Sendo a cousa sobre que se fez a conuenca ou a contra tal, que segundo nossas ordenacões senão possa prouar, senão per escritura publica, em tal caso, se a parte confessar, que a dita conuenca foy antre elles affirmada, sera constrangida fazer scriptura de tal conuenca.* Concordat etiam lex Regia, *libr. 3. titu. 59. §. 4.* Vbi postquam *in § precedenti,* vetitum fuit, nequis in iudicio audiretur publicum instrumentũ non offerens in illis casibus, in quib. alia, quam instrumentalis probatio, admitti non potest, etiam si offerat, & ostendat, priuatam scripturam quinque aut amplius testium signis confirmatam, vt ibi in fin. sancitum est. *Posto que as partes alleguem que tem algũa escriptura, priuada, assinada pola parte contraria, com cinquo testemunhas, ou mais, não abastara a dita escriptura priuada com quants quer testemunhas que nella estiuerem.* In §. 5. subdit, id obseruãdum, nisi habens huiusmodi priuatam chartam, aduersarii iuramento velit fidem adhibere, quo veritas rei gestæ decidatur, ac terminetur. ibi. *Pero se a parte disser ao julgador, que quer deixar no iuramento do Reo, a cousa que quer demandar, mandaloa o juiz citar, & se per iuramento dos sanctos Euangelhos negar que lhe o Autor demanda, absolueloa logo dessa demanda.* Iuuat etiam lex Regia *lib. 3. tit. 25. §. 9.* Vbi huiusmodi priuatis chirographis seu apochis recognitis eadem prorsus auctoritas, vis, & potestas tribuitur, circa paratam executionem, quæ & publicis instrumentis indulgetur, ac defertur, eadem lege in principio, ibi. *E sendo apresentados em juizo algũs aluaras ou conhecimentos contra algũa pessoa, que não seja daquellas a cujos aluaras se deua de dar tanta fe, como a escriptura publica, se os a demandado reconhecer em juizo, que sam por elle feitos, & assinados, ou assinados somente, lhe assinarão dez dias, & se porcedera por tal aluara, & se executara, como se ha de proceder, & executar por as escrituras publicas, &c.* Ecce quam plane lex Regia probat, confessatum chirographum & recognitum publicæ scripturæ, seu instrumenti instar esse.

Nec † abs re, si consideres, partis confessionem, firmiorem fidem facere, quam instrumentũ, vt post Iasonem obseruauit Alciat. *in l. cum te. in 2. C. de trãsactiona. verbo necessaria, & ibi Curtius, n. 5. Crauet. consi. 175. in princ. Roland a Valle, consi. 71. n. 41. & consil. 75. n. 24. vol. 2.* Est enim confessio maior quolibet instrumento publico, & quibuscunque depositionib. testium, *Bald. consil. 192. colu. 2. ad fin. vol. 2. per tex. in l. sed*

& ſi poſſeſſori, §. pen. ff. de iureiur. quem ſequitur Crauetta conſil. 61. num. 3. & conſil. 171. nu. 4. Rol. a Valle d. conſil. 71. nu. 41. & conſil. 6. n. 26. 27. vol. 3. Auendanus, libr. de exſeq. mandat. cap. 1. fol. 11. col. 3. in med. qui intelligunt confeſſionem vere & realiter non eſſe probationem, ſed magis releuamen ab onere probandi. Felinus in rub. de probation. numer. 6. & ibi Decius, numer. 10. Alciatus dict. leg. cum te, verbo. neceſſaria, additio Alciati. de præſumtio. ſecunda parte, numer. 6. Hippolyt. ſingul. 110. & in rubr. de probation. numer. 71. Brecheus aphoriſmo. 55. Baldus, conſil. 354. colum. 1. volu. 3. Vbi dicitur, quod, vbi eſt confeſſio, ibi eſt relaxatio omnis probationis, ſequitur Roland. a Valle, conſil. 71. numer. 43. volumin. ſecundo, & rurſus, conſil. 75. numer. 25. eodem volumin. & conſil. 6. numer. 26. vol. 3. Quamuis Valaſcus contrarium verius opinetur, quæſt. 7. nu. 27. intelligens, confeſſionem probationem eſſe priuilegiatam, tamen, quia poſt cõcluſum in cauſſa admittitur, vt habetur in capit. cum Ioannes, de fide inſtrum. Hippol. d. Rub. de probation. nume. 73. cum aliis, quos refert Valaſcus, d. n. 27. verſ. item licet admittatur. Concordat Nicol. Anton. Grauat. in additio. ad Octamanum, lib. 5. cap. 16. nu. 11. Eſt etiam vnica, & omnium probationum cõfeſſio prima ꝓbatio, quia admittitur contra præſumtionem iuris & de iure, gloſſa verbo. nullo modo, in l. cõtractibus, C. de non numer. pecun. Couarr. de ſponſ. lib. 1. parte. cap. 4. §. 1. numer. 3. Rolandus a Valle, conſil. 75. nu. 24. ad fin. volu. 2. vbi allegat gloſſ. ſing. in §. aliud, in authen. de æqual. dot. quæ inquit, quod validior eſt confeſſio, quam ꝓſumtio iuris, & de iure. Videtur enim is, qui fatetur, remittere iuris & de iure præſumtionem, vt explicat Valaſcus d. loco verſicu. & licet confeſſio, & Curtius iunior, conſ. 53. nu. 2. Menochius, de recuper. poſſ. rem. 1. num. 192.

22 Eſt † etiam ſingularis iſta per confeſſionem probatio, quia etiam poſt terminum admittitur, Decius in rub. de probat. nu. 10. Valaſc. d. q. 7. num. 29. Admittitur etiam aduerſus rem iudicatã, contra quam nulla prorſus admittitur probatio, Curtius iunior, conſi. 17. nu. 12. Valaſc. d. q. 7. nu. 32. dummodo confeſſio ſit iudicialis, & Menochius, libr. de recuper. poſſeſſ. remed. 1. n. 191. quem vide a nu. 186. reſoluẽtem, ſpoliato negandam fore reſtitutionem, in poſſeſſionem, ſi confeſſus fuit proprietatem ad ſpoliantem pertinere, quoniam (inquit) confeſſio eſt probatio probata aliis ꝓbationib. verior, & potentior, l. fin. C. de fideicõmiſ. Grammati. deciſ. 36. n. 66. Socinus iunior, conſ. 39. n. 18. vol. 2. Crauetta, conſi. 61. n. 3. & conſi. 171. n. 4. cum aliis, ab eodem Menochio, vbi ſupra congeſtis, & in tractatu de adipiſcend. poſſ. remedio 4. numer. 102. cum ſequent. Vbi etiam confeſſioni concedit remediũ executorium, de quo in l. fi. C. de edicto diui Adr. quod ſolum datur heredi teſtamento ſcripto. Verũ ſi aduerſarius me heredem eſſe fateatur, concedendum eſt ei remedium d. l. fi. vt ibi per eum.

23 Facit † enim confeſſio rem notoriam, & indubitatam, c. fi. de cohabit. clericor. Thomas Grammaticus, deciſio. 36. n. 66. Menochius de remed. n. 193. Quapropter dicitur pleniſſima probatio, ſecũdum Corneum, conſil. 261. numer. 5. lib. 4. Marantu. 6. parte, actu. 3. titul. de confeſſione, n. 21. Cardinal. conſi. 128. in prin. per text. quem reputat ſingularem, in c. cum ad ſedem, de reſtit. ſpoliat. Concordat Brecheus aphoriſmo. 56. & Afflict. q. 276. n. 4. Quamobrem mirum non eſt, ſi lex Regia in tit. 45. §. 4. & in tit. 16. §. fin. eandem prorſus vim, poteſtatem, & fidem chirographo recognito, & confeſſato, ac publico inſtrumento, tribuat, ac cõcedat: Et conſequenter in ꝓpoſita hypotheſi, a iure alienũ non erit, reſoluere, primam nominationem in publica ſcriptura factam, reuocari per ſecũdam in priuata apocha factam, recognitam tamen, & cõfeſſatam, vt nos in praxi aliqñ reſpondimus. Verum hoc ego intelligo, dummodo ꝓdicta apochæ recognitio ſit iudicialis apud acta, ſeu coram iudice facta, non extraiudicialiter. Quare ſupradiximus, oportere in chirographo nominatum, in iudicium vocare emphyteutam nominantẽ. & ibi præſtito iuramẽto de veritate chirographi interrogare, quo caſu ſi fateatur, vtiq; obtinebit emphyteuſin : primumq; nominatum in publica ſcriptura repellet. Nõ ſic ſi alleget emphyteutam, qui nominauit, ſemel aut pluries coram ipſo, aut teſtibus, in apocha deſcripta, vera eſſe confeſſum fuiſſe: Ad cuius quidem confeſſionis ꝓbationem minime admitterem nominatum, ne per indirectum aduerſus leges noſtras Regias, teſtes, quos lex ipſa examinari poſſe interdicit, ad ſubmouendam omnem fraudis & ſubornationis occaſionem, contra publicum inſtrumentũ, admittantur, ex Anchar. conſil. 150. nu. 3. Alciato. de præſumt. in princip. 2. p. n. 7. & 8. & in l. cum te. in 2. verb. neceſſaria. C. de tranſactio. & in l. pactum, quod bona fide. C. de pact. cõl. ſi. quod ita in ſpecie obſeruauit Valaſc. de iur. emph. q. 7. nu. 30 cum ſeq.

24 Vlterius † ſupraſcripta intelligenda ſunt in emphyteuta, cuius chirographũ, ſeu priuata charta publicæ ſcripturæ vim non habet, neq; effectum, ſecus vero ſi ille ſit perſona, in dignitate conſtituta, cuius priuata ſcriptura publica cenſetur, vt probat lex Regia lib. 3. tit. 59. §. 15. Qua ratione licet primam nominationem in publica ſcriptura faciat, poſterior in priuata apocha facta præualebit, quoniam & hęc publica eſſe cenſetur, & pro ea habetur, vt in dict. §. 15. adeo quod exſecutionem habet paratam, vt lex Regia, tit. 25. poſt princ. lib. 3. ſancitum eſt, ibi, E o Autor amoſtrar eſcritura publica da dita obrigacão, ou aluara, feito & aſſinado por tal peſſoa, a que ſe deuadar tanmſe, como a eſcriptura publica, o iuyz que da tal cauſa conhecer, aſſine lego termo de dez dias peremtorios, &c. Quapropter cum huiuſmodi apocha a publico inſtrumento non differat, eiq; in omnibus quoad fidem, comparetur, nihil obſtat, quominus in ea nominatus audiendus ſit aduerſus nominatum in publico inſtrumento ſeu ſcriptura.

25 Quæ † ſane reſolutio vera eſt, & admittenda, quãdo is, qui priuatam apocham fecit, eam recognouit, & confeſſus eſt, veram eſſe, iuxta proxime reſoluta, & Ord. d. lib. 3. §. 10. Verum ſi contingat illum, decedere, antequam apocham recognoſcat, & in ea contenta vera eſſe fateatur, dubia & anceps quæſtio eſt, ex l. Regia d. §. 10. quatenus negante actorem ſuam eſſe apocham, ſtatuit, confeſtim reum condemnandum fore: palam innuẽs nullos teſtes fore admittẽdos, quibus comprobari ea apocha poſſit, ibi. Iurando que he ſeu, abſolua ao Reo, & negandoo, condemno. Quę verba vtique ſolam reſponſionem eius, qui chirographum confecit, intuentur, & admittunt, neque vllam extrinſecus iuſtificationem admittunt. Quæ Ordinatio loquitur in apocha nobilium perſonarum (cui non minor fides, quam publico inſtrumẽto adhibetur, vt diximus) ibi. Amoſtrar aluara [illegible] nado da dita paga, poſto que não ſeja nas peſſoas, a [illegible]

tiida-

aluaraes, sendo da tanta fe como escritura publica. Illa enim dictio, *posto*, id est, *etiam*, seu, *quamuis*, quæ implicat apocham plenam fidem facientem, vt habetur *in Clement. 1. de prabend. ad fin. Calder. eodem titul. consil. 4. Iason, in l. Labeo, nu. 12 ff. de pactis, Panorm. & eius additio. nu. 3. in cap. 1. commoda. tradit Forcatulus, Dialog. 27. numer. 5.* Quamobrem nisi emphyteuta etiam nobilis, cuius scripturæ plena fides adhibetur, ad instar & similitudinem publici instrumenti, viuus recognoscat, in iudicio apocham nominationis, audiendus non est in ea nominatus: siquidem nulla alia recognitio, & iustificatio admitti potest, præter ipsius scribentis assertionem, & confessionem, vt *in d. §. 10.* probari videtur. Quæ sententia mihi profecto semper suspecta visa est, cum animaduerto priuatas scripturas nobiliũ personarum, quibus, *in d. §. 15.* per seipsas fidem facere, ad instar publicorum instrumentorum: quare paratam habent executionem, *vt in d. tit. 25 post princip. lib.* ... *sancitum est.* Quocirca quemadmodum instrumenta publica, tam viuo, quam mortuo tabellione, qui conscripsit, plenam fidem faciunt, ita etiam & priuatæ scripturæ earum personarum, quibus lex Regia parem fidem & auctoritatem tribuit, Verum quia contingit aliquando aduersarium infitiari apocham eius esse, qui illam scripsisse perhibetur, necessario sunt admittendi testes, qui illam scribi viderunt, vel etiam literarum comparatio, si necessaria fuerit, vt nominatim explicat Hippolyt. *in Rub. de probatio. numer. 55.* quod etiam satis innuit lex Regia, *libr. 3. titul. 59 §. 15.* ibi. *Queremos que lhes seja dada esta auctoridade per a qualidade de suas pessoas, que aos aluaraes, que per elles forem feitos, & assinados, sendo contra elles, seja dada tanta fe, como a escripturas publicas.* Quæ verba, cum se restringant, ad apochas per huiusmodi personas scriptas, & subscriptas, ibi, *Aluaras que por elles forem feitos & assinados*, conditionalia sunt, & in conditionem resoluuntur, id est, *si per eos fuerint scripta, & subscripta ex traditis, in l. Seychum quo meus erit, ff. de legat. 1. l. nuper, eod. tit.* & vtrobique Bart. & Doctores, *Bar. in l. inter stipulantem, §. sacram. ff. de verbo. obl. nume 5. Corneus, lib. 3. consil. 153. nu. 2.* Quamobrem si ab aduersario obiiciatur, apocham esse scriptam, & subscriptam ab ea persona, cui illa adscribitur, vel etiam negetur illi qualitas a lege Regia necessaria, vtiq; in primis, & ante omnia in eo versabitur iudicis cognitio: quo facto etiam post mortẽ scribentis, illius apocha priuata, plenã fidem & auctoritatem a lege Regia concessam obtinebit. Quod etiam & in publico instrumento obseruatur, si litera tabularii, cui impingitur, esse negetur, vel pars asserat illum tabellionem non esse. *Afflict. q. 272. nu. fi. & q. 271. n. 5.*

26 Sed † non parum vrget, lex Regia d. §. 10. in illa implicatiua. *Posto que não sejã das pessoas a cuios aluaras se da tanta fe como a escritura publica.* Quo in loco cum loquatur etiam in apochis nobilium, si negent, testium probationem omnino excludit, ac repellit, nec aliam testiũ examinationem seu iustificationẽ admittit. Cogita, an diluatur argumentũ respondendo, implicatiuã dictionem carere effectu, vbi absurdũ sequitur. Obstat n. dispositio *d. §. 15.* lieque euades argumentum ab implicatiua sumtum, quod hac in re totum facit negotium, quia implicat apochas nobilium, qui est casus magis dubitabilis: siquidem possit eorum apocha iustificari, si fuerit negata, *per supra dicta.* Quare illa implicatiua suum nõ põt operari effectũ, quia debet implicare casum minus dubitabilem. Vt tradit Menoch. *in tract. de recuper. possess. remed. 9. n. 255. & de arbitrariis iud. quæst. lib. 1. q. 49. n. 8.* vbi ait, quod proinde, ne sequatur absurdum, suam perdit naturam.

Ex † supra dictis deciditur notabilis casus, quem non semel vidimus in praxi. Finge hypothesin. Titius emphyteuta Caium, per simplicẽ apocham a se scriptam, & subscriptam, ad emphyteusin nominauit: postea filio herede scripto decessit. Is tanquam a patre nominatus, a Caio emphyteusin petit. Caius excipit de nominatione, sibi facta. Ille de nullitate replicat, quia testib. caret, vel saltem, quod iam sunt mortui. Quid dicendum? Sine dubio in fauorẽ filii heredis erat respondendum. Et certe cum is casus contigisset, in prouincia Interamnensi, consultus super eo excellentissimus omnium, qui nostro seculo fuerũt, Antonius Franciscus, olim Regiæ Curiæ Senator meritissimus, consuluit, vt nominatus filium in iudicio interrogaret, *an recognosceret patris literam, & signum, seu subscriptionem, & apocham*, qui bonam fidem agnoscens, existimans, nullitatem sibi sufficere, ingenue confessus est, apocham nominationis oblatæ, a parente fuisse scriptam, & subscriptam, quocirca pro nominato iudicatum fuit, *per suprascriptu, & per ea, quæ tradit Baptista in l. admonendi, n. 64. ff. de iureiurando.* 27

Superest † vtilis admodum & notabilis in praxi quæstio. Finge coram tribus testibus emphyteutam Antonium, nominasse Petrum: deinde per publicũ instrumentum Sempronium nominauit, exorta est contentio, *quæ harum nominationum præferenda sit?* Posterior nominatus, suam potiorẽ esse contendit, quæ publico instrumento confecta est, quæ ei præfertur, quæ testibus duntaxat præsentibus celebrata est, per hanc legem Regiam *in d. §. 3.* generaliter & distincte prohibentem testium admissionem ad probandam nominationem, vbi de alia nominatione per publicum instrumentum facta constiterit, & rursus, ibi. *E assi se se não mostrar feita alguma nomeação per escritura publica, podera o nomeado prouar por testemunhas, &c.* Quare cum a lege Regia testium examinatio repellatur, vbi alia in scriptis reperitur facta nominatio, vtiq; huius posterioris in instrumẽto nominati caussa potior est. Rursus in contrarium pro Petro retorquentur verba huius §. 3. ibi. *Posto que a hi aja outra nomeação primeyramente feita per escritura*, quæ satis insinuant, tunc demum abiiciendam esse testium probationem, quando præcessit alia nominatio facta p publicam scripturam: non sic, si coram testibus, facta præcessit. Ea igitur verba sunt adiecta p modum exceptionis, seu limitationis eorum, quæ superius pręmiserat, *in princip.* vbi simpliciter testes repelluntur ad probandam nominationem, vbi adest alia instrumentalis nominatio prius facta: quo casu nominatio per testes non probatur, nisi in testamento nuncupatiuo inseratur. Atq; ita restringitur regula initio posita, quæ solũ procedit, quando prima nominatio in publica scriptura fuit celebrata, quod aliquando in consilio senatus Regii vidimus iudicatũ. Limitatur igitur hoc lex Regia, nisi secunda nominatio verbalis sit in testamento nũcupatiuo: quo casu omnis fraus, occasio, seu suspicio subornationis cessat, propter excelsam testamẽti solemnitatem. Quo 28

a.gu-

grauissimos, diu in foro versatos, hanc legẽ restringendam fore opinari. quando nominatio verbalis est facta in fauorem filij ipsius emphyteutæ: hæc enim siue sit prior siue posterior, semper præferenda est, & si alia instrumentalis producatur, & concurrat per text. quem ad hoc inducunt Ord. *libr. 3. titu. 59. §. E esta nossa ley.* Finge igitur hypothesin, vt suauiter sit huius controuersię disputatio. Emphyteuta habens potestatem nominandi emphyteusin, secundã vel tertiam personam, Titiũ in publica scriptura nominauit, reuocabiliter tamẽ. Deinde cum pœnituisset, nominationis a se factæ, filium suum coram tribus testibus nominauit. Mortuo emphyteuta inter Titium, & filiũ exorta lite, Titius negat, filium, testes examinare volentem, audiendum esse per hanc Ordinat. *iuncto d. titul. 59. libr. 3.* Nam cũ constet de eius nominatione per publicum instrumentum, superuacua, & inanis est filij querimonia, volẽtis suam nominationem priuatam testib. comprobare. Ex contrario filius, huius legis rigorem conquiescere asseuerat per dictã l. Regiam, *lib. 3. tit. 59. §. E esta nossa ley.* Et licet pro filio iudicatum aliquando fuerit, aduerto tamen, eam esse huius legis generalitatem, & adeo late petere, vt nullam restrictionem patiatur. Hæc enim eius mens, & ratio p̃sumptæ fraudis, q̃ plerumq; in filijs euenire solet, nõ admittit. Tunc etiã, quia frequentius cõtingit inter filios, & agnatos de hisce nominationibus disceptari ac controuerti, quam inter extraneos. Quare lex Regia, vt his, quæ contingunt, deseruiat, & promulgata videatur, iuxta *l. nam ad ea, ff de legib.* ad has quoque nominationes inter filios factas referenda est, quod verius esse arbitramur.

52 Vltimo † subdit legislator: *No caso em que dissemos, que se pode reuogar a primeyra nomeacão, & fazer outra.* Pragmatici doctissimi, hanc legem restringũt ad casum, in quo prima nominatio ita fuit cõcepta ab emphyteuta, vt reuocari possit, censentes cõtrariũ obseruandũ fore. qñ prima nominatio corã testibus celebrata, est irreuocabilis: quo casu illa semper præferenda est, licet secunda nominatio, in publico instrumento descripta reperiatur. Quam interpretationem nequaquam probamus, quoniã in vtroq; casu fraudis præsumptio, seu suspicio æqualiter procedit. Tam facile n. testis ad probandã nominationem irreuocabilem, quam reuocabilẽ, inducetur. Quare indistincte hæc lex intelligenda est. Nec vrgent ea verba, quæ ad præcedentium declarationem fuere adiecta, vt intelligamus contrarium omnino fore respondendum, si prima nominatio instrumẽtalis firma & irreuocabilis erit: quoniam & si testamento nominans vellet aliam reuocatoriam nominationem facere, non poterit. Ex his, quæ supra §. 1. scripsimus.

ARGVMENTVM.

Nominatio testamento facta, an reuocato, vel rupto irritove facto testamento, corruat.

SVMMARIA.

1 *Nominatio facta in testamẽto est cũ ipso reuocabilis.*
Voluntas ex testamento imperfecto colligitur.
2 *Contractus irreuocabilis testamento celebrari potest.*
3 *Contrahere in testamento partibus licet.*
Nominatio potest reuocari firmo manente testamẽto.
4 *Nominatio in testamento facta a parte acceptata non reuocatur, etiam facta in codicillis, nisi fiat inter liberos.*
5 *Nominatio reuocatur testamento in totũ reuocato.*
6 *Heredi ab intestato succedenti defertur emphyteusis, vbi testamentum est nullum.*
Nominatio in testamento nullo facta, aliam non reuocat.
7 *Nominatio firma manet si testamentum sit nullum ex caussa præteritionis.*
Nominatio an corruat, si filius heres a patre institutus se abstinuerit.
Nominatio testamento facta corruit, hereditate non adita.
8 *Nominatio testamento facta extinguitur si filius se abstinuerit ab hereditate.*
Legata pia sine hereditatis aditione tenent.
9 *Emphyteusis per viam fideicommissi testamẽto relicta non adita hereditate euanescit.*
10 *Emphyteusis per fideicommissum caussa pia relicta, debetur, etiam si filius se hereditati non immisceat.*
Legata pia sola sua[illegible] *confirmantur.*

CAPVT VIII.

Nominatio † in testamento facta, reuocato testamento, nullius est momenti, & reuocatur, quemadmodum & legata, & cetera omnia in testamento relicta, *vt tradit Molina de Primog. Hispan. lib. 2. cap. 4. numer. 36. vers. sed vltima, & est text. in l. 1. §. si quis, ff. vt legato. seu fideicommiss. l. filio præterito, ff. de iniusto rupto.* ibi. *neque libertates competant, neque legata præstantur.* Quare eadem quoque ratione rupto testamento nominatio emphyteutica in eo facta corruit, vt in hoc §. 4. legislator sanxit. ibi. *E bem assi no caso onde a nomeacano feita hũa vez, não se pode mais reuogar, so aquelle que assi ha de nomear fizer hum testamento, no qual nomear, & depois reuogasse o dito testamento fosse por dereito por qualquer modo auido por nehum, fica a dita nomeacão isso mesmo reuogada, & elle podera nomear outra vez: por quanto a dita nomeacano feita no dito testamento, assi reuogado, ou auido por nenhum, he isso mesmo auida por nenhũa, assi como se nunca fosse feita.* id est, *sic etiam in eo casu, vbi nominatio, seu electio semel facta, amplius reuocari non potest, si ille, qui eam nominare debet, testamentum condiderit, in quo nominauerit, & postmodum prædictum testamentum reuocauerit, aut idem testamentum, quocumq; modo nullum fiset: iudicatum eodem modo nominatio, seu electio reuocatur, & ipse iterum nominare poterit, quoniam prædicta nominatio, facta in testamento sic reuocato aut habito pro nullo, nulla etiam censetur, proinde ac si vnquam facta fuisset.* Quo etiam argumento, interpretes nostri resoluunt, donationem in testamento factam reuocabilem esse, vt tradunt Ripa, *in l. nemo potest, ff de legat. 1. n. 34. Ferdinãdus Arias, in l. 15. Tauri, in princ. Rimin. in prin. Inst. de donatio. nu. 394.* Vnde necessario hæc lex intelligenda est, in eo emphyteuta, q nominandi simpliciter potestatem habet, citra relationem ad tempus mortis, quæ variari nõ potest, vt in §. 1. ad quem relatus text. hi. singula in est. Aliter si emphyteuta habeat variandi potestatem, extra omnem controuersiam res est, *ex gloss. fin. in l. 3. § si. ff. de seruit. rusticorum, Baldus in repet. l. 1. col. pen. post prin. ff. de legat. 1. &*

in Gamma,q.173.n.10.vers.nec obstat. Quare Ordinatio hęc iuris cõmunis regulis consentanea est, *in hoc §.4.* quãuis olim grauissimus,I C. Goncalus Valasc. Pinto *in l.vnum ex familia,§. Sed si fundum.ff.de legat. 2.* contrarium existimanerit, ex regula *l.si.ff.de reb. eorum,* vbi secundum Bartulum probatur, ex testamento nullo ꝓbari, ac colligi testatoris volũtatem. Commendat Decius *in l.si.nu.10. C. de success. edicto. Gomezius in cap.1.n.126.de constit.n.6.* Quare (vt dicebat vir ille insignis) cum ex testamento nullo de voluntate defuncti constet, volẽtis aliquem nominare, vtiq; ea obseruanda est, ac nominatus audiendus. Sed non satisfacit, quoniam illa regula non obtinet, quoad cõtenta in testamento, ad quorum validitatem sola voluntas nihil operatur, nisi adhibeatur necessaria solemnitas, *l.ex testamento.29.C.de fideicommiss.* Quare *d.l.si.* solum procedit, quoad ea, q̃ sunt extra testamentum, vt explicat Peralta, *in l.si quis in principio.ff.de legat.3.n.215.*

2 Vnde † ꝑratione dubitãdi aduersus huius §. dispositionem magis facit, glo.*fi. in l.heredes palam §.fi. ff. de testa.* resoluens in testamento validum contractum celebrari posse, & irreuocabilem, tradit Romanus, *consil.170. col.fi. Dec. consil.196.col.2. tradit Ripa in l.nemo potest,ff.de legat.1.nu.34. Iason,in l quoties, C.de rei vindic.n.16. Pelaez,lib.1.q.31.n.2.* Qua ratione celebratus in testamento contractus firmus manet, licet testamentum reuocetur, *Bald.in l.fin.ff.de reb.eorum, Iason in l.cum antiquitas, C. de testament. num.5. Decius consil.294.num.* 2. Quod idem obseruatur, si contingat testamẽtum ex defectu solemnitatis nullum esse, dummodo adsint testes ad cõtractus validitatem necessarii, *Alex. in l.nemo potest,ff. de legat.1.n.9. Iason in l.2.n.11. C. de bono.possess secund. tab.* Quo argumento, habito pro constanti, hãc legem loq in nominatione facta irreuocabiliter, hoc est, ab eo emphyteuta, q semel nominans amplius variare nequit, & sic in nominatione habente vim & naturam contractus gesti inter viuos, necessario respondendũ videbatur, etiam in testamẽto factam nominationem firmam manere, licet testamentum ipsum aliquo modo infirmetur.

Sed † diluitur obiectio, si cõsideremus, omnia su-
3 prascripta ꝓcedere, quando constat, partes inter viuos irreuocabiliter, in testamẽto cõtrahere voluisse quo casu gestus cõtractus firmus manere debet, nõ minus quã si extra caussam testamenti ille celebratus fuisset. Verũ in caso huius legis Regiæ de ea voluntate minime constat, & in dubio, testator reuocabiliter disponere pręsumitur, *Bartol.in l.cum quis decedens,§.codicillis,n.7.ff.de legat.3.* & ita procedit, q tradit Iason *in l.nemo potest, lectura.1.ff.de legat.1.num. 22.& in 2.lectura.n.30.* resoluens, contractum in testamento celebratum esse reuocabilem, quod idem voluit Guilhelmus, *in cap. Raynutius, verbo testamentum, in 2.n.5.de testa.& Crotus in l. non solum §. morte.n.2.ff.de noui oper.nunciat.* quorum traditio eo tantum casu admittenda est, quo non constat, partes irreuocabiliter contrahere voluisse: Quo sane casu hæc lex Regia procedit, statuens, reuocato testamento, seu nullo declarato, deficere etiam nominationem in eo statu.

4 Sed † *an firmo manẽte testamẽto possit sola nominatio reuocari,* dubiũ est? Et respondeo ad instar legati posse, *l.4.ff.de adimend.leg.* ita tradit in specie Costa *in l.si excusatione, C.de non numer.pecun.numer.125.* & illius immemor Gamma, *decisio. Lusitana.85.* Ex quo non semel in praxi respondimus, nominationẽ emphyteuticã factam in testamento in fauore Titii pῆsentis, & acceptantis, reuocari amplius nõ posse: qa inter viuos facta videtur, ne illa pῆsentia, & acceptatio superuacanea fit, & inutilis, vt obseruauit Bart. *in l.cum quis decedens,§.codicillis,ff.de legat.3.n.5. Alex.consil.153 ad fin.lib. 2. Crotus in rub ff. de legat.1.nu. 20.& ibi Aymon consi.134.tradit Alex. in l.§ 3.fi.nu. 7.ff.de lib.& posth. Afflictus, q.275. Raynaldus in §. 1.Insti. de don.n.354. Vennus lib.opinio.commun. verbo. testes duo.versic.contractus, Menchaca, lib. quæstion. forensi, cap.51. Gutierrez in l nemo potest, ff. de legat.1. numer.254. cum seq.* Facit quod tradit Alexan.*consil. 75.lib.4. cum seq.* hoc idem asserens, in concessione in testamento facta obseruandum fore, quæ reuocato testamento firma ꝑmanet, & Oldrald.*cons.514.* vbi cõcludit, donationem huiusmodi testamento factam alteri postea factæ ꝓferendam esse, cuius ad id, & aliorum plurium meminit, Menchaca, *lib.quæstion. for. cap.51. colum.2.& 3.* Quod maxime procedit, si adsit clausula constituti, *vt tradit Decius cõsil.179. Parisius,lib.1.consi.52.n.12.& consi.64. n.13 facit Barbat.lib.2.consi 54.in prin.& Ripa, d.l. nemo potest,n.31.* Quod autem diximus, factam in testamẽto nominationem reuocari cum ipso posse, vel illo imperfecto irritã esse, procedit etiam in codicillis: quoniam & in iis nominationes istæ, ad instar legatorum fieri possunt, *l.Diuus,ff de iure codicill. Ias.in rub.ff. de legat.1. n.64.* Nisi testamentum sit inter liberos, *Romanus,consil.179. Doctores in auth.hoc inter liberos, C.de testa.* Quod idem intelligo procedere, si nominatio fiat, per viam donationis caussa mortis, quę similiter erit reuocabilis, *vt per tot.ff.de don.caus. mortis.* An autem traditio sola sufficiat, ad inducendam inter viuos nominationẽ iam supra diximus, *cap.4.n.22.*

Subdit † vlterius legislator, *E depois reuogasse o dito testamento,* insinuãs, emphyteuticã nominationẽ, 5
testamento factam in totũ reuocari, si testamẽtum reuocetur, q probat etiam, ibi. *E no dito testamento assi reuogado,* & ibi *auido por nenhum,* quod absq; difficultate ꝓcedit, quãdo nominatim & in specie nominatio nõ fuit reuocata, etsi testamentum, ꝓ parte aliqua reuocetur, cũ ipso firma nominatio manet, *vt tradit Peralta, in l.qui testa.nu.26.conclus.3.fol 467.* At si nominationem ipsam defunctus reuocauerit, non oportebit totum testamentũ reuocare, quemadmodum neq; quando aliquod legatum in eo relictum reuocatur, directe, aut indirecte, *vt explicat. Peralta, d.loco conclus 5.post n.26.* Quamobrem si testator viuus emphyteusin alii donauit, aut aliter alienauit, nominatio in testamento facta, corruit & infirmabitur. *vt aduertit Costa, in l.si cautio, C.de non nu.pecun.fol.125.nu.3.& 4. faciunt notata in l. rem legatam,ff.de adim.legat.* Et sic conueniunt, quæ paulo ante scripsimus.

Prosequitur † legislator: *Ou o dito testamento, fosse per dereito, por qualquer modo auido por nenhũ.* Si adiũ- 6
gantur hæc verba, cum his quæ mox sequũtur: *Por quãto a nomeação feita no testamento auido por nenhum,* perplexitatem quandam continere videntur, si cõsideres, præsupponere oportere, testamentum declarari nullum, vt secunda nominatio fieri possit, quod sane viuente testatore impossibile est. Quare hæc lex id solum intẽdit, quod testamentũ nullum,

qua-

quale de iure censeri debet, nõ nocet nominationi secundæ, in fauorem alterius personæ factæ, non quod testamentum viuo testatore nullum declarandum sit, vt aliqui perperam opinantur. Satis est n. illud de iure esse nullum, vt impediri secunda nominatio non possit. Quę tamen interpretatio licet colorem habere videatur, mihi non arridet, cum animaduerto, testamento valido, & firmo nominationem factam, impedire non posse, secundo loco factam. Quamobrem intelligo, aliter scilicet, nominationem factam in testamento reuocato, aut nullo, esse quoq; nullam, nulliusq; roboris & momenti, ac proinde in eo testamento nullo nominatũ, seu electum, emphyteusin petere non posse, nec petente audiendum fore, sed magis filium aut alium ab intestato, succedentem ex his, quæ paulo ante diximus *in proximo, in §. E finandose.* Quod si contingat alium extra testamentum, nominatũ reperiri, huic quidem emphyteusis adiudicanda est, & hæc voluit hic legislator, ibi. *E elle podera nomear outra vez*, scilicet, vt auferat ius venientis ab intestato, vel etiã eius, quem ante factum testamentum nominauerat: cuius sane nominatio in testamento nulliter facta, nullo modo reuocata censeri potest, cum pro non facta habeatur, vt in hoc §. sancitum est. ibi *E isso mesmo auida por nenhuna, assi como se nunca fosse feita.* Ex quibus verbis satis deducitur, per huiusmodi nominationem factam in testamento nullo, aut etiam reuocato † nunquam reuocari nominationem primo loco factam, vt expresse probat Peralta, *in l. qua testamento, ff. de legat. 2. nu. 25. versi. attamen, pagin. 487. col. 1. & iam supra aduertimus, fol. 37. cap. 3. nu. 42.* & faciunt, quæ diximus *in tractatu de nomination. quæst. 5. n. 35.*

7 Restringi † tamen suprascripta possunt, nisi testamenti nullitas a filii præteritione pẽdeat, quo casu quemadmodum excepta heredis institutione legata & cetera in testamento relicta firma pmanent, *per tex. in auth. ex caus. C. de liber. præterit.* ita & nominatio firma censeri debet, *Gomez. in l. 24. Tauri, n. 5. Gamma in lib. de sacrament. vlti. suppl. dam. præst. q. 6. nu. 21. pag. 66. & decisio. 173.* Sed an necessaria sit filii heredis aditio, vt huiusmodi nominatio testamento facta teneat, cum effectu, quæstio sane vtilis est, & notabilis. Cui caussam præstat regula *l. si nemo. 9. ff. de testam. tut. Si nemo*, inquit, *hereditatem adierit, nihil valet, ex his, quæ testamento scripta sunt*, & *l. si nemo, ff. de regul. iur. Si nemo subiit hereditatem, omne ius testamenti soluitur*, text. *in l. eam, quam*, vbi Doctores, *C. de fideicommiss.* communiter probant, non adita hereditate omnia in testamento relicta, corruere, & infirmari, quia caput ipsius testamenti corruit, & labefactatur: *tradit Romanus, consil. 428. Mathesil. sing. 163. Decius in l. si nemo, ff. de reg. iur.* & *Alex. lib. 7. consi. 198. col. fin. tradunt scribentes in l. 3. Tauri, & Menchaca, de success. progr. §. 27. a nu. 4.* Oportet n. hereditatem adiri, vt testamento relicta confirmentur, *Gutierrez. in l. nemo potest, ff. de leg. 1. n. 312.* Quod nos etiam diximus in responso pro illustri Hieronymo Pereira Senatore amplissimo sacri Palatii, *nu. 16.*

8 Sed † *an hoc procedat, in testamento, in quo filius heres institutus a patre se ab hereditate abstinuit.* Videt᷑ sane respondendũ ꝙ sic, ex regula, *l. 1. §. fi. ff. vt in possess. legato.* vbi habetur, p abstensionẽ filii, omnia in testamento relicta corruere, & per locũ ab speciali ꝓbat Iurecons. in *l. sciendum 33. ff. de manumiss. testa.* vbi nõ obstante huiusmodi filii abstẽsione, libertatis legatũ cõseruatur. Quod ibi specialiter cõstitutum esse voluit, Bart. *in l. si filius, qui. n. 7. ff. de vulg. & ibi Alex. n. 8. Socin. n. 10.* Nec n. mirũ, quoniam in piis hereditatis aditio in consideratione nõ est, *teste Bart. in l. 1. col. pen. C. de sacr. Eccl.* vbi intelligit legata pia firma pmanere, quamuis hereditas non adeatur, sequitur Decius, *in l. si nemo subiit, ff. de reg. iur. & Lappus alleg. 19.* Vbi hanc veriorẽ ꝓbat esse, in praxi sententiã & æquiorẽ, & in praxi receptã. Quo argumento idẽ est dicendum, in legato libertatis, *vt in d. l. sciendum, ff. de manumiss. testa.* habetur, quæ similiter libertatis fauore specialiter procedit, *secundum Bart. & Alex. & Socinum iam citatos.* A quorum sane doctrina, cauendũ censeo. Probare n. minime possum, quod aiunt Iureconsulti respõsum, *in d. l. sciendum*, specialiter ꝓcedere fauore libertatis. Nulla n. ex parte illius legis colligere poteris, libertatis fauorem ibi fuisse consideratum. Quare magis secundum regulas communes Iureconsultũ respondisse censeo, libertatẽ deberi, nõ obstante filii abstensione, ꝙ nos etiam cõprobauimus d. consil. pro illustri Hiero. Pereira, *n. 54. & 55.* Iuris enim explorati est, neque legata pia hereditate non adita firma permanere, vt cum cõmuni resoluit Alex. *consi. 354. n. 17. vol. 2. Ias. in l. eam, quam C. de fideicomm. col. 2. & in l. 1. C. de sacros. Eccles. lect. 1. in 2. lect. col. fi. Turzanius*, vbi testat cõmunem sententiam *lib. opinio. commun. conclusio. 40.* secundum quam procedit ille tex. *d. l. sciendum*, non fauore libertatis, vt præcitati auctores intellexere. Et si non desint, qui opinentur, contrarium fore respondendum in filio suo herede instituto, qui licet se abstineat, legatis piis minime nocet, ex singulari suitatis priuilegio, quod potens est pia legata confirmare, quemadmodum, & plura alia, vt concludit Turzanius *d. conclusio. 40.* Quorum tamen traditioni ego nõ assentior, quoniam suitas ea tantum confirmat, q̃ a filii obligatione non dependent, neq; ab eo petenda sunt, tanqdam ab herede patris, quorum respectu priuilegium abstensionis, a prætore inductum, in fauorem suorũ, nihil omnino operatur. Manet enim firma iuris ciuilis regula per quam ille patri heres est: cuius contrarium obtinet in his, quæ a filii obligatione pendent, & ab eo peti debent. Hæc enim, nisi ille se hereditati immisceat, per abstensionem corruunt, *ex d. l. 1. §. fi. ff. vt in pos. leg.* Quo fit, vt libertas legata, in casu, *d. l. sciẽdum*, nõ obstãte abstẽsione, firma maneat, quia directo fuit legata nec a filio herede, petẽda erat. *§. pen. Inst. de sing. reb.* iuxta quam interpretationem procedit tex. *in l. pro herede 20. §. Papinianus, ff. de acquir. hered. iuncta l. 2. ff. de statu liber.* licet contradicat Iason, *d. §. Papinianus. n. 11.* secundũ hunc etiam sensum suitate tutelæ datio in testamento confirmatur, ex sola suitate scilicet filii, *secundum Bartol. in l. si filius qui, ff. de vulga. n. 6. & ibi Alex. n. 23. & Socinus, n. 29. Corneus, consil. 97. libr. 2. num. 7.* quamuis *in d. l. si filius*, etiam concordat Iason, *n. 19.* & ibi Alcia. *nu. 27.* intelligentes text. *in l. si nemo, ff. de testam. tutela*, procedere etiam, quando filius suus heres, noluit se hereditati Immiscere, cuius contrariũ verius est, *per supra scripta.* Ex quibus necessario resoluẽdum est, nominationẽ emphyteuticam, de qua agimus, firmã, & stabilem manere, quamuis filius suus heres scriptus, se a patris hereditate abstineat. Verum enim, nomina-

tionem a filii inſtituti heredis obligatione non pẽdere, nec ab eo peti poſſe, tanquam patris herede: ſiquidem a domino directo dicitur ille nominatus, capere, *l. vnum ex familia, §. 1. ff. de legat. 2.* Quæ vtilis ſane reſolutio eſt, & mente tenenda.

9 Limitari † tamen vtiliter poteſt, niſi emphyteuſis per viam fideicõmiſſi, alicui relinquatur, quo caſu, niſi filius ſe immiſceat, fideicõmiſſum corruet, neque ille emphyteuſin obtinebit. Ceſſat n. hoc caſu prædicta ratio, quia emphyteuſis a filio peti debet, eiuſq; obligationem exigit, & conſequenter, q ſe paternæ hereditati immiſceat. Quare in hac ſpecie ſtandum eſt regulæ *l. 1. §. fin. ff. vt in poſſeſſ. legatorum.* Verum hoc eſt intelligendũ, niſi alicui puellæ maritãdæ, aut pauperi defunctus iubeat, emphyteuſin dari: quo caſu ad inſtar fideicommiſſi, in fauorem piæ cauſſę relicti ſola ſuitate confirmabitur, quamuis ſe filius abſtineat, *Bartol. in l. 1. §. Si pater. ff. ad Syllani. Iaſon, in l. ſi filius quis, nu. 11. & ibi Alciatus, nu. 24. ff. de vulgari. idem Iaſon, in l. eam quam. C. de fideicommiſſ. num. 20. Corneus, conſil. 97. numer. 7. libr. 2.* & eſt bonus caſus *in l. cum quaſi, 30. §. ſed ſi quis, ff. de fideicomm. libert. ibi, Subuentum eſt*, per quẽ Doctores communiter, hoc ita probãt, & ad hunc ſenſum ſunt trahendi, qui firmant legata pia ſola ſuitate cõfirmari, quãuis filius ſe abſtineat, *vt tradidere Alex. in d. l. ſi filius quis, nume. 9. ff. de vulgari. & lib. 2. conſil. 4. num. 14.*

10 Aduerte † tamen text. *in d. l. cum quaſi 20. §. Sed ſi quis, ff. de fideicomm liberi.* quo noſtri auctores nitũtur, eorum traditionem & ſententiam neutiqnam probare, quoniam loquitur, quando teſtator ſeruo libertatem dare fuerat grauatus: quo caſu ſi ſine herede decẽdat, libertati ſuccurritur ne pereat, cui ẽt Iureconſultus probat ſuccurrendum, quãdo ille filium, qui ſe abſtinuit, heredem reliquit, *vt ibi nobiliter explicat Albericus.* Quamobrem cum in eo caſu ſpecialiter fauore libertatis, fideicommiſſariæ illud fuerit ſtatutum, conſequens eſt, regulariter etiam in fideicõmmiſſaria libertate, contrarium obſeruandum fore: imo quod ſuitate non confirmatur, & per abſtenſionem corruit, quod etiam notabile eſt. In materia huius §. incidit nobis quæſtio elegans, in quo memorabile dedimus reſponſum pro illuſtri admodum Hieronymo Pereyra de Sa. Videre late poteris, quæ ibi ſcripſimus.

ARGVMENTVM.

Nominatus ſi decedat ante nominantem, nominatio euaneſcit, & reducitur ad cauſſam caduci.

SVMMARIA.

1 *Nominatio quæ nõ eſt ſortita effectum propter mortem nominati non impedit ſecundam poſſe fieri.*
2 *Emphyteuſis manet penes nominantem, nominato præmoriente, nec tranſit ad heredes nominati.*
3 *Fideicommiſſum ab herede ſolutum in vita, illi reſtituitur ſi ante illum fideicommiſſarius decedat.*
4 *Nominatio facta cum totius iuris tranſlatione, nominato præmoriente tranſit ad eius heredes.*
5 *Electio non ſortita effectum non eſt electio.*
6 *Renuntiatione facta in fauorem Titii, redit ad renuntiantem res renuntiata.*
7 *Nominantis voluntas & intentio plurimum conſideratur.*
8 *Nominatus ſimpliciter ante nominantem decedens de re emphyteutica diſponere non poteſt.*
9 *Nominatus præmoriẽs ante nominantem, de re emphyteutica diſponere poteſt, quando omne ius in eum nominans tranſtulit.*
10 *Nominatus prædefunctus nominanti de re emphyteutica ad quam fuit nominatus poteſt diſponere, quando conſtat nominantem amplius nominandi poteſtatem a ſe abdicare voluiſſe.*
11 *Traditio ſola ſufficit in caſu huius tex. ad impediendam nominationis reuocationem.*
12 *Vno per poſſeſſionem dicitur ſortitur effectum.*
Traditio per fructuum reſeruationem non nocet emphyteuta nominanti.
13 *Nominatus ſine traditione vtile habet dominium.*
14 *Nominatio ſimplex nullum aliud ius tribuit, quam ſpem ſuccedendi in locum ſecundæ perſonæ ſi contingit nominatum ſuperuiuere nominanti.*
15 *Mortis mentio facta in executione nominationis emphyteuticæ non alterat, ipſius vim.*
16 *Nominatio facta contemplatione perſonæ, nominata illius morte extinguitur.*
17 *Primogenitus ſi renuntiauit in fauorem ſecundo geniti illo mortuo ſuccedit.*
18 *An ſi pater nominauit filium in contractu matrimonii qui deceſſit nullis liberis relictis, occupans emphyteuſin ad ſe iure ſucceſſionis reuerſam debeat filiis defuncti qui emphyteuſin obligauerat ſoluere tenatur.*

CAPVT IX.

Feſtinamus † iam Lector candide, ad interpretationem §. 5. Per quem, a nobis hactenus ſcripta *in §. 4.* luculenti imitatione reſtringuntur, vt nõ procedant, quando ante nominantem mortẽ obiit nominatus, quo caſu nominatio tanquã effectum non ſortita, ſecundã impedire nõ poteſt, ex his, quę ſcripſit Bartol. *in l. qui per ſalutem, num. 3. ff. de excuſat. tutoran. Felinus, in cap. ex tenore, de reſcript.* qui tamen ſi bene aduertis, loquuntur, in nominatione nulla, per quam non poſſe impediri ſecundam iam ſupra, *§. 2.* tractauimus, docet Felinus *d. cap. ex tenore, poſt num. 11.* Quæ quidem traditio adaptari diſpoſitioni huius tex. no põt, quia neceſſario, cum ꝓpoſita q̃ſtio dubio carere videatur, reſtringẽda eſt, ad caſum quo nominatio fuit valida. Hæc enim etſi aliã impediat, fieri poteſt, *vt d. §. 2.* Tamen ſi impedita nominati morte, in vita nominantis cõtingente, non fuerit ad effectũ ꝑducta, per hunc tex. quominus alia fiat, impedimento eſſe non poteſt, cuius reſpectu, hæc coactis in vnum rationibus, a nulla nominatione, non differt. Audiamus modo Luſitanũ legiſlatorem ita profantem. *Outro ſi quando o que aſſi tem poder pera nomear, nomeaſſe hũa peſſoa ſimplex mẽte, ſem treſpaſſar outro direito nella, & eſſa peſſoa aſſi nomeada, ſe finaſſe primeyro que o nomeante, podera nomear outra vez pois a peſſoa nomeada, ſe finou primeyro, que ouueſſe effeyto a dita nomeaçam.* Sic etiã, qui in conceſſione eſt nominatus, pro ſecunda perſona, ſi ante primam decedat, non impedit poſſe alium pro ſecunda perſona nominari, *vt reſoluit Gãma, queſtio. 235.* Quamobrem quod *in dict. a. §. 1. hoc titul.* ſcriptũ eſt, emphyteuta, qui ſemel nominauit, amplius nominare nõ poſſe, intelligendũ eſt, dummodo nominatio illa ſit valida, *vt ibi diximus*, imo &

etſ. ctum

effectum sortiatur, vt hic. Et est ratio, quoniam lex loquens de actu, intelligitur de eo, qui ad effectum perductus est, *l. ex Castrensi, in principio, ff. de Castrens. pecul.* ibi. *Eo tempore, quo habere effectum consueuere*, tradit Tiraquell. *in l. Boues, §. hoc sermone, fallent. 6. numer. 10. ff. de verbo. signif. Innocent. in cap. in literis, de officio. deleg. Oldraldus consil. 295. column. 2.* resoluentes proinde, mandatum de prouidendo non exspirare, donec plene & cum effectu sit de beneficio impetranti prouisum. Quo etiam argumento resoluendum est, potestatem nominandi secundam, aut tertiam personam minime exstingui, antequam illa cum effectu nominetur, *vt hic.* Vbi nominati intempestiua mors, nominationis factę in secundam, vel tertiam personam, effectum impedit, quæ considerari nequit exstincta, quamdiu prima illam præcedens exstat, *ita Ruinus, libr. 2. consilio. 25. post n. 2.*

2 Quare † probabilior ac præstantior multo est hæc ratio, ad hunc, §. quam illa, quæ doctissimis aliquando viris placuit, asserentibus legem hanc Regiam, in hoc §. 5. ortũ habere ab his, quæ habentur, *in l. cum pater, §. a filia. ff. de legat. 2. & in l. vnum ex familia, in princip. eod.* Vbi Dd. communiter probant electum, seu nominatũ, ab eo, qui nominare debuit, cum moreretur, ad heredes suos rem non transmittere, si forte, antequã eligens, grauatus decedat, tradit Ant. Gomez, firmans hanc esse communem, *in l. 17. Tauri, ante num. 7.* Quæ sane traditio perperam huic §. 5. adaptatur. Loquuntur enim illa iura & auctores, quando is, qui nominauit, potuit semel factã nominationem reuocare. Imo in casu, in quo nominatio facta exigebat mortis confirmationem, *vt ibi plane per Doctores*, quo casu mirum nõ est, si mortuo nominato ante nominantem, possit ille iterum nominare. Caduca enim nominatio est, quemadmodum & donatio caussa mortis, quando donatarius prisquam donans, decessit, *vt per Rominald. in princ. Inst. de donatio, nu. 397. cum seq. Neuizanus, consil. 31. num. 4. & 5. Bald. consil. 294. libr. 3. per l. 1. C. de Caduc. toll. in fi.*

3 Non † etiam nobis blanditur eorum ratio, & traditio, qui intelligunt hunc §. ortum habuisse, a singulari sententia Baldi, *in l. mortem, numer. 4. C. de fideicommiss.* resoluentis, in casu illius text. mortuo fideicommissario, cui in vita, heres, post mortem grauatus dare, fideicommissum restituit, rem sic ante tempus datam heredi, ipsi fore restituendã: non vero ad heredem ipsius grauati transire. Quæ sane inuestigatio, probabiliter videtur, nostri text. dispositioni accommodari. Clarum est enim, in casu *d. l. post mortem*, quia de solius heredis grauati, non alterius cuiuspiam præiudicio agitur, restitutionem fideicommissi in vita factam reuocare irreuocabiliter, *vt ibi omnes resoluunt.* Et nihilominus, vt Baldus, & Peralta illum secutus, *in l. 3. [illegible] num. 61. ff. de hered. instit.* intellexere per mortem fideicommissarii, cõtingentem [illegible] adhuc h[illegible] grauato, fideicõ[illegible] issum ad ipsum heredem reue[illegible] Ergo nun[illegible] non [illegible] nec [illegible] ratione alter[illegible] nostram in h[illegible] emphyteusin ad [illegible] libere nominan[illegible] tanquã placuit, [illegible] in terminis [illegible] istis. Verius est enim [illegible] mortuo [illegible] in vita heredis, quia restitutio in vita facta iure tenuit, perpetuo penes fideicommissarium, remipsam futuram, & per eius mortem ad suos heredes transmitti. Quãuis contrarium sit necessario resoluendum, in casu *dict. l. cum pater, §. a filia, ff. de legat. 2.* in quo restitutio a principio facta non valuit, irreuocabiliter, vt explicat Gomez. *in dicta l. 17. Tauri, nu. 6.* Quamobrem, quæ nos ratio mouet, negare ad heredes fideicommissarii, fideicommissi transmissionem, in casu *d. §. a filia*, quia restitutio non fuit pleno iure & irreuocabiliter facta: eadem etiam nos hortatur ac suadet, contrarium resoluere in casu *dict. l. post mortem.* Siquidem ibi fideicommissi restitutio pleno iure tenuit, irreuocabiliter, vt apud omnes in confesso est: Ergo redire amplius ad heredẽ non debet, sed magis ad heredem fideicommissarii transit.

Quo † argumento habito ꝓ constanti, quod nostra Ordinatio loquatur in nominatione valida, & irreuocabili, consequens erat, emphyteusin non fore amplius ad emphyteutam reuersuram: Sed magis penes ipsius nominati heredem mansuram, quemadmodum probat legislator in §. primo, ibi. *Ia não podera nomear outra vez, antes a pessoa, em que assi for trasposßada podera dispoer da dita cousa segundo ordenamos no titulo seguinte.* Nec dixeris illam l. loqui in longe diuerso casu, scilicet, quando nominans omne ius emphyteuticum transtulit in nominatum, in qua specie iure optimo nominato ius, & de re ipsa emphyteutica tanquam de re sua disponẽdi potestatem tribuit, quia nihil prorsus penes nominantem mansit. In quib. sane terminis lex nostra in hoc §. non loq tur, sed magis in casu, quo emphyteuta simpliciter tantũ nominauit, vt plane deducitur, ex illis verbis, *nomeasse hũa pessoa simplexmente*, Quoniam si bene cõsideres, simplex nominatio facta ab eo, qui semel tantum nominare potest, vt in casu huius §. 5. *iuncto, §. 2. supra hoc tit.* non differt ab ea, quam fecit, cum totius iuris emphyteutici trãslatione is, qui habebat nominãdi potestatem vsq; ad mortem, *vt in §. 1. supra hoc titul.* Per vtramque enim ius emphyteuticum irreuocabiliter nominato acquiritur, si exacte perpenderis verba, & mentem text. *in §. 1. & §. 2. hoc tit.* Nam quod initio dictum fuit, nominato ius irreuocabile acquiri, quãdo emphyteuta habens potestatem variandi, nominauit cum cessione totius iuris emphyteutici, *in d. §. 2.* disponitur obseruandum in simplici nominatione facta ab eo, qui renocate semel factam nominationem nõ valet. Imo si recte attendis, *in d. §. 2.* legislator, vt hanc rem clariorem redderet, multo effusiore sermone vsus est, ibi, *Porque pola primeyra nomeacão, posto que o nomeado não seja sabedor, lhe he acquirido tanto dereito que lhe não pode ja ser reuogado.* Quæ verba multo latius patent, quam ea, quæ initio præmissa sunt. Vbi id dũtaxat legislator docuit, per cessionem totius iuris emphyteutici, alterius nominationis factionem seu prioris reuocationem impediri. Admittimus enim, id, quod ea lege obseruandum cauetur. Verum ex caussa mortis superuenientе, contingentis in persona nominati, antequam decedat nominans, quemadmodum in casu §. 2. huius *titul.* conceditur, in hoc §. 5. ius & potestas iterum nominandi, cur etiam & id negatur in casu *d. §. 1.* in quo contrarium multo magis admitti posse videbatur? Siquidem loquitur ille tex. in casu, quo nominatio ipsa ex sui ipsius natura erat reuocabilis vsque

ad mortem, & res de facili ad suam naturam reuerti solet, *l. Si vnus, §. pact. ne peteret, & ibi Iason, numero 10. ff. de pactis*, habetur *in c. ab exordio, 35. distinct.* tradit *Felinus, in cap. veniens, num. 5. de praescriptio.* Profecto lector optime haec est difficilis consideratio, & fere inextricabilis, quae meum diutius sensum torsit.

Haec † tamen ambiguitas conquiescere videtur, 5 si perpendamus, ordinarii iuris esse, eligentem suo eligendi officio functum minime dici posse, quod diu electio ad plenum effectũ non est perducta, ꝓut hãc difficultatem perstringens tradidit Molina *de primog. Hisp. lib. 2. c. 4. n. 38.* Ac proinde si electus electioni praestare consensum recusat, aut iuri suo ex ipsa electione renuntiauit, vel mortuus est, de nouo eligere emphyteuta potest, non minus quam si a principio, irrita & inanis fuisset electio, per text. ad id notabilem, *in cap. si electio. de electione in 6.* vbi notant scribẽtes, eam traditionem ad casus similes extendentes. Adstipulatur elegans Iureconsulti responsum *in l. hac conditio 10. ff. de cond. & demonstra. & in l. qui per salutem; ff. de usucap.* tradit *Teraquel. in l. boues. §. Hoc sermone, ff. de verbor. signific. limitat. 1. num. 4. cum seq.* Quo argumento, idem videtur in casu nostri text. respondendum, quod mortuo electo, iterum possit eligens nominare, quasi nondum sit nominatio effectum sortita. Sed non satisfacit, quoniam vt ex supra scriptis cõstat, semel facta nominatio ab eo, qui variare non potest, ius irreuocabile nominato tribuit, *vt sup. §. 1. probatur.* Quod ab eo auferri nõ potest, quemadmodum neq; potest, quando nominans, omne ius emphyteuticũ, cessit, transtulit, probatur, *in princ. tit.* Quocirca quemadmodum *in princip. tit.* dicitur nominatio effectum sortita, ne quo modo etiã contingente morte in persona nominati, valeat emphyteuta iterum nominare: ita & in casu *d. §. 2.* idem obseruandum est, vt nominatio suum effectum sortita censeatur & emphyteuta suo functus officio dicatur.

6 Non † etiam arridet eorum opinio, qui legi nostrae, in hoc §. 5. adaptare contendunt, dispositionẽ tex. sing. *in l. si actionem, 24. C. de pact.* vbi Imperatori placuit, pactum de non petendo legatum, aliquibus heredibus factum, aliis coheredibus minime prodesse: quia pacta sunt personalia, & in fauorem vnius emissa, alii non posunt, *l. si vnus §. ante omnia, ff. de pactis.* Quapropter si legatarius vni ex pluribus heredibus promisit, legatum non petere, intelligitur pro parte sua dumtaxat, ne quo modo aliis illa promissio prosit, quando de illorum portione nulla fuerit facta mentio, vt habetur *in l. si actionem, numer. 1. C. de pactis, & in l. si vnus, §. ante omnia, ff. de pactis. Iason in dict. leg. si actionem, nu. 2.* Qua ratione vtiliter Romanus *consil. 22. 22. col. 1. dubio. 2.* resoluit, renuntiationem emphyteusis factam in fauorem Titii per quandam Beatrisiam, cessare & extingui mortuo Titio, in cuius fauorem illa renuntiauit. Conualescit enim inquit Romanus, ius renuntiãtis per mortem eius, in cuius fauorem facta est renuntiatio, citat text. *in d. l. si actionem, C. de pact.* Noua enim, vt ille addit, caussa per mortem contingentem in vita Beatricis, quae renunciauit, illi ꝓstat caussam & ius, seu facultatẽ semel renuntiata emphyteusim petẽdi. Quemadmodum in simili praestat renouatio inuestiturae, seu noua dñi concessio, ei, qui renũtiauit, vt habetur *in cap. cum inter de renuntiat.* Non etiã iurata renuntiatio extendi potest ad casum emergentem de nouo, nec cogitatum, *l. si decreta, C. de transact. l. sub praetextu specierum, & in l. age cum Geminiano, eod. tit.* quoquidem simili & argumento, nõ desunt, qui intelligant, nostrae legis Regiae dispositionem, *in hoc §. 5.* admitti posse, quasi id, quod disponit, procedat, & iustificari possit ex noua illa caussa, superueniente, & contingente, per mortem nominati non cogitatam sequitur *Affl. in ca. 1. de eo, qui finem fecit, n. 3.*

Sed minus † profecto satisfacit cum considero, hoc admisso, idem respondendum fuisse, in casu 7 exposito in principio huius tituli, in quo similiter noua ista superuenit caussa mortis, non speratae seu cogitatae, in persona nominati: & nihilominus, emphyteutae negatur ius, & potestas iterum nominandi, imo nominato conceditur facultas de ipsa re emphyteutica, tanquam sua disponendi. Cur tam varie? Lector optime diuinandum est, aut ex Apollinis Tripode ambiguitatis dissolutio petenda, aut ad Asylum miserorum confugiendum est, quod non omnium, quae a maioribus nostris constituta sunt, ratio reddi possit, *l. non omnium, ff. de legib.* quandoque enim est pro ratione voluntas, *l. prosp. exit ff. qui & a quibus.* Quod ne contingat, aduerto legislatorem in hac materia plurimum considerasse emphyteutae nominantis voluntatem & desiderium, ad cuius gnomonem illi negat, & concedit variandi potestatem, & semel factam nominationem posse reuocare, quam vtique semper concedit ei, qui habet facultatem nominandi, cum morietur, nisi nominato omne ius emphyteuticum cedat, & in eũ transferat: quo tãtum casu, intellexit legislator nominantem a se variandi potestatem, seu semel factã nominationem reuocandi, abdicare voluisse, vt in principio sancitum est, ibi: *Traspassando na dita pessoa todo o dreito, &c.* Tanti enim hocius reuocandi lex Regia fecit, vt voluerit penes nominantem manere, donec specialiter, vel saltem per illa verba generalia, seu vniuersalia, *Todo o dreito*, id est, *omne ius a se dimittat.* Verum quia hoc tantum conueniebat ei emphyteutae, cui dominus eam variandi potestatem concessisse visus est, eo ipso, quod nominandi potestatem ad tempus mortis restrinxit, vt iam supra aduertimus, *& in §. secundo*, vbi limitatur dict. principium, non procedere, quando nominandi potestas simpliciter fuit concessa, nulla prorsus facta mortis mentione, quo casu facta semel nominatio reuocari non potest, quia tunc non videtur dominus directus praedictam variandi potestatẽ concessisse, vt citius breuiorque temporis cursu emphyteusis ipsa extinguatur.

Quod † idẽ legislator agnoscens *in hoc §. 5.* vt huiusmodi emphyteutã, cui variandi non est cõcessa, 8 potestatẽ in aliquo releuaret, sanxit, eo adhuc viuo, decedente nominato, iterũ posse nominare: & consequenter statuit, simpliciter concessam nominandi potestatem, quae simplici nominatione extinguitur, *vt supra §. 1.* quoad effectum, ne quo modo variare nominans possit, eo tãtum casu extinctam censendam fore, quo illa suum plenarium sunt sortita effectum. Intelligo plenarium effectum, non vt supra Dd. relati opinãtur, per dominii vtilis, seu iuris emphyteutici acquisitionẽ, *secundũ annotata, in l. apud Aufid. ff. de optio. lega. & in l. seruo electione, ff. de leg. 1.* quẽ quẽ effectũ legislator totũ respexit, ac impe-

impe-

pediendam reuocationem semel factam, *vt in d. intribus*, non vero quoad hoc, vt sic simpliciter nominatus, decedens ante defunctum nominantē possit de re emphyteutica disponere. Ad quā dispositionem non sufficit quidem ita illum nominari, vt amplius reuocari nominatio nequeat, vt palam ꝓbat lex Regia, *§. 1.* ibi. *Antes a pessoa, em que assi for traspassada podera dispor da dita cousa, &c.* Quare contrarium erat respondendum, nisi hoc ita fuisset expressum, & ea l. Regia cautum, regulariter, cuius, nominatio reuocari non potest, si decedat viuo nominante, disponere de re emphyteutica non posse, nisi nominans omne ius emphyteuticū cesserit: in qua specie nominato disponēdi facultas tributa est, quæ in hoc *§. 5.* simpliciter nominato denegetur, quem decedentem ante nominantem noluit posse de re emphyteutica disponere, sed magis ipsum nominantem, quem grauatum in vno (nempe, quod nō possit variando semel factam nominationem reuocare) in alio voluit subleuare, quod decedente nominato, ille superstes possit iterum nominare, non variādo, sed magis, quia sic facta nominatio, ad suū plenariū effectum non fuit deducta, qui morte nominantis præcluditur. Tunc enim nominatus incipit secundam vel tertiam personam gerere, *vt infra tit. seq. tractabimus*, quo casu & non ante, nominatio suum plenarium effectum sortita dici potest. Quod ex mente concedentis plane deducitur, qui nominandi secundam, vel tertiam personam potestatem concessit, quam minime nominasse is dici potest, a quo nominatus ante illum decessit. Aliter sine dubio, si is nominatus esset secunda persona, seu vita nuncupanda, iuxta formam concessionis, erat ab eo nominanda tertia, quod minime fit: quia quamdiu prima persona viuit, nullus nominatus secundæ locum obtinet, etsi per plures personas emphyteusis percurrat, *vt infra tit. seq. dicemus.* Quocirca ne quis secundam personam nominare valeat, quam is, qui est prima, nec etiam tertiam quispiam eligat, quam is, qui est secunda, vt domino directo placuit, eius adhærens voluntati, & intentioni lex Regia, *in hoc §. 5.* negauit simpliciter nominato decedenti, ante nominantem, nominandi potestatem, ne forte cōtingeret secundam personam nominari ab eo, qui non erat prima, rursus & tertiam, ab eo, qui nō erat secūda: Quæ videtur sane necessaria, & vtilis inuestigatio, pro vero sensu & ratione huius textus.

9 Ex † quo necessario resoluendum est, quod vbi nominans, omne ius emphyteuticum, quod habebat, concessit, ac transtulit, nominatus potest de re ipsa disponere, & loco sui aliam secūdam personam nominare, ac eligere, iuxta formam huius Ordin. *in fin. princip.* Vbi id nominatim cautum reperitur, in nominato ab eo, qui ex forma concessionis variare poterat: quod multo magis ei concedēdum est, qui ab eo, qui reuocare non potuit, nominatus fuit, vt cōtingit *in §. 2. sup. hoc tit.* idque palam deducitur ex §. nostro, ibi: *Nomeasse hũa pessoa simplex mente, sem trespassar outro direito.* Secus vero respondēdum est, si omne ius emphyteuticum nominans a se abdicādo, nominato cessit, quia tunc in sui locum, aliam personam decedēs poterit nominare, quemadmodum ille, qui prius nominauit, posset, nisi omne ius, quod habebat, concessisset, & ad id quodammodo procuratorem in rem propriam, nominatum a se constituisset.

Vnde † si aliquo modo ex verbis nominationis colligi poterit, simpliciter nominantem voluisse a se hanc potestatem iterum nominandi abdicare, si contingat nominatum, ante illum decedere, vtique respondendum erit dispositioni huius *§. 2.* locum non esse, quod colligitur ex eo ibi, *Sem trespassar outro direito.* Suffragatur, quod diximus, hanc facultatem pendere a domini directi voluntate, qui illam concessisse visus est, & ipsummet nominantem retinuisse: quandoquidem simpliciter nominauit, citra alterius iuris emphyteutici translationē: In quo lex Regia sine dubio pręsupponit, posse emphyteutam, hoc ius & potestatē cedere, & in ipsum nominatum transferre: de quare quouis modo constet, legislatoris dispositioni, & eius intentioni plene satisfactum erit. 10

Sed † *an sola traditio sufficiat, vt huius §. dispositio cesset*, vtilis sane quæstio est, quam supra tractauimus, *cap. 4. num. 22.* vbi resoluimus, quoad casum illius text. non sufficere, quominus variare nominans possit Quo argumento idem videtur respondendū in casu huius *§. 5.* quod non noceat nominanti volenti iterum nominare, quia nominatus illo adhuc viuo decessit. Sed contrarium mihi semper verius visum fuit, perpendenti verba, *d. principii, huius tit.* quæ ad impediendam nominationis reuocationē, exigit, quod emphyteuta nominans omne ius emphyteuticum cedat, transferat Hic vero text. totius iuris emphyteutici cessionem non exigit, ibi. *Sem trespassar outro direito.* Satis est in casu huius §. ad denegandam emphyteutæ potestatem iterum nominandi, quod nominatio non sit simplex, sed magis, cum aliqua alia iuris emphyteutici cessione, licet totum illud ius non transferatur. Et est in promtu differentiæ ratio, si consideres, *d. §. 1.* loqui, quando agitur, de impedienda nominationis reuocabilis reuocatione: ad quam quidem impediendam etiam adueniente morte nominati, cum ratione, cautum fuit, oportere nominantem, omne ius emphyteuticum transferre: in hoc vero *§. 5.* agitur de nominatione irreuocabili, de qua fit mentio. *sup. §. 1.* Quocirca non est mirum, si minor iuris translatio sufficiat, neque tam vniuersalis sit necessaria. 11

Vnde † si in casu huius tex. emphyteuta nominās emphyteusin nominato tradidit, iudicarem nominationem plenarium effectum sortitam fuisse, & consequenter nominatum decedentem aliā personam loco sui posse nominare & eligere. Etenim res ad effectum perducitur, quando ad traditionem est progressum. Vt obseruauit in vnionibus glossa Regia Cancell. *11. colum. 2. Guido Papæ. cons. 134. Boerius quæst. 346. num. 2.* & hoc casu & secundum hunc sensum possunt verificari, & intelligi huius §. illa verba, *Pois a pessoa nomeada se fi nou primeyro, que ouuesse effecto a dita nomeacano.* Verum hæc intelligo non procedere, quando per fructuum reseruationem, fuit nominato concessa possessio: quoniam hoc casu nominans magis modificare, & restringere nominationem voluit, quam illam ad effectum deducere, vt colligitur ex principio huius titul. ibi: *Posto que pera sire serue o vsufructo.* Quocirca illa fructuū reseruatio, ad vnū finē, nēpe nominātis fauorē inducta, nequit cōtrarium effectū producere, in illius odium, & perniciē, ex regula *l. legata inutiliter, ff. de adimend. leg. & l. quod fauore, ff. de legibus.* Erat itaque necessaria realis traditio, aut saltem ficta, per 12

totali, C. de collation. & Roman *in l. qui superstitis, ff. de acq. hered.* & *Afflict. d. ca. 1. n. 7.* facit bonus tex. *in l. si actionem, C. de pact.* cuius ad idem meminit Roman. *d. consil. 22. colum. 1. dub. 2.* meminit etiam Afflict. *d. c. 1. sub n. 7.* & cõcordat idem Affl. *in ca. fi. si de feudo fuerit controuer. n. 1. & 3.* Vbi etiam Roman. citat, *d. cons. 22.* & Baldum *d. l. si actionem.*

17 Ad stipulatur † notabilis eiusdem Afflicti sententia, *in dict. cap. 1. de eo, qui finem fecit agnat. numer. 8.* resoluentis, renuntiationem a primogenita factam in fauorem secundo geniti cessare, secundo genito in vita patris mortuo, licet tertio genitus se opponat: nam cum renuntiatio personalis sit, in fauorem secundo geniti tantum, & eius respectu, illo mortuo, ac sublato de medio, tanquam personalis censeri debet exstincta. Quorum argumento in casu nostro idem respondendum est, nominationem factam, in fauorem alicuius maximi amici aut coniuncti, tãquam personalem, illo mortuo exstinctam esse, & ad nominantem emphyteusin tanquam reuersam pertinere. Quod ex eisdem auctoribus, eodem tantum casu defendi potest, quo constat personaliter in fauorem mortui emphyteutam nominasse: non sic quando prorsus a se emphyteuticum ius abdicauit, quoniam hoc casu prædicta ratio cessat, vt ex ipsomet Romano, *dict. consil. 22.* & Afflicto, *in locis iam relatis*, palam constat, præsertim *in d. ca. 1. n. 1. cum sequen. de eo, qui fin. fec. agen.* Vbi hanc rem latius prosequitur, & quando dicatur realis renuntiatio explicat. Sed quoniam hactenus, in explicatione huius §. versati sumus, prolixa materiæ disputatio suadit, vt orationis tenorem quasi filũ interrumpamus, & quod superest, alio capite disputemus, vt plus gratiæ, & minus tædii lectori conciliemus.

Vnde infero, ad quæstionem frequentem in foro, finge patrem donasse filio tempore matrimonii aliquod prædium, ex caussa onerosa, vel etiã ipsum ad emphyteusin nominasse irreuocabiliter, cedendo in filium nominatum omne ius, quod habet in emphyteusi, ex constituto & reseruatione fructuũ, in qua ipse pater erat prima, vel secunda persona, habeatque nominandi facultatem, vel simpliciter, vel vsque ad mortem. Vtroque enim casu par est ratio iuxta ordinationem, *lib. 4. tit. 37. §. 1. & 2. & 5.* Decessit filius nominatus absque liberis patre superstite, multoque æri alieno obnoxius, pro quo bona sua obligauit. Reuertitur emphyteusis ad ipsum patrem nominantem, quam iure, vel legitimæ successionis, vel etiam iure reuersionis, vel peculii pater occupat. Creditor filii defuncti agit aduersus patrẽ, vt æs alienum exsoluat. Et sane videtur iniusta creditoris actio, cum huiusmodi bona ad patrem potius reuerti, quam successionis iure patri deferri videantur: quæ pater tanquam ab ipso profecta, iure peculii, ex caussa pristina occupare censetur. per text. *l. proponebatur, ff. de Castrens. pecul.* ibi: *Sed cum nihil de peculio dixerit filius, non nunc obuenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur.* & ibi. *Dicebam retro peculiũ patris bonis accessisse,* & ibi: *quasi paterfamilias legitimũ habebat successorem & retro habuisse credetur, eius successor,* & in l. *ex Castrens. §. Pater peculii, ff. eodem,* ibi: *quod si intestatus decesserit filius postliminium cuiusdam similitudine pater, antiquo iure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia, l. sed & si proponas. ff. eod.* ibi: *Et ab initio patris cum esse videri.* tex. *in l. seruũ, 44. in prin. ff. de leg. 1.* ibi: *Cum enim filius iure suo vtitur, retro creditur pater dominium in seruo peculiari habuisse.* Videtur etiam prædicta donatio, seu nominatio habere tacitam quandam conditionem, si filius superuiuat patri, & quod filio præmortuo resoluatur. Quod Ordinatio Regia, *lib. 4. tit. 37. §. 5.* innuit, dum subdit, nominatione simpliciter facta absque vlla iuris translatione, præmoriente persona nominata seu electa, nominantem posse iterum eligere ac nominare, quoniam persona nominata prius decedẽte, antequã nominatio effectũ sortiretur, nominatio ad caussam caduci reducitur, ad imaginem substitutionis fideicommissariæ, quæ in nominationibus emphyteuticis apud nos in ipsa inuestitura facta videtur, cum primus acquirẽs emphyteusin accipit eo pacto, vt possit nominare secundam personam post se, & secunda tertiam: Quare se nominãs, suo nominandi ministerio fungatur, & nominatus decedat superstite grauato nominante, nominatio ipsa tanquam substitutio redditur inefficax & caduca, *per l. 1. §. in nouissimo, & §. pro secũdo, C. de caduc. tollend.* tradit *Paris. cons. 99. num. 10. vol. 2. & cons. 66. num. 9. vol. 3.* Sic etiam donatio facta per maritum vxori, resoluitur vxore præmoriente. *Dec. cons. 240. & cons. 536. col. 2.* A pari enim procedit hæc donatio, ei, quæ fit filio. *l. donationes, C. de donation. inter virum* & in terminis donationis factæ a patre filio, tradit Dec. *cons. 659. ad fin.*

Verum pro contraria parte non leuiter vrget, si consideremus huiusmodi donationem ex caussa onerosa, seu nominationem emphyteuticã irreuocabilẽ esse, & statim validã esse, & habere effectũ, licet illius executio differatur post tẽpus mortis nominãtis. Si igitur donatio vel nominatio valet, potuit filius de huiusmodi emphyteusi libere disponere alienando aut hypothecando, *l. in re mandata, C. mandati. l. si quis a par. fuer. manumiss.* Si enim talis donatio seu nominatio a patre in filium valet in casu superueniente, vitiari aut resolui non debet, quoniam euentus superueniens non debet infirmare actum, qui effectum sortitus sit. *l. nec enim. ff. de iter. actu que priu. l. sancimus, C. admi. tuto.* Vnde furor superueniens non vitiat prius gesta. *l. qui furere. & ibi Bart. ff. de stat. hom. & l. si quis alieni, & ibi Bartol. ff. de acquir. hered. l. qui in potestate, §. fin. ff. de testamen.* Sic etiam affinitas superueniẽs non dirimit matrimonium antea contractum, *cap. discretionem, de eo, qui cognouit consang. vxoris suæ. vbi gloss. verbo afficere,* sic etiam maleficium superueniens, non potest irritare quod legitime factum est. *Bald. consil. 349. super eo, colum. 2. lib. 3.* Itaque nulla ratio suadere potest donationem seu nominationem ab initio firmam & irreuocabilem, reuocari posse ob mortem filii donatarii, seu nominati patri donatori, seu nominanti præmorientis. Secundo moueor, quoniam pacta & contractus transeunt ad heredes. *l. si pactum, ff. de probationibus, & l. si necessarias, §. de vendendo, ff. de pigno. actio. Bart. in l. sic. ff. de verbor. obligation.* idem voluit *gloss. in l. 2. C. de pact. interemto.* Quare igitur hæc donatio, seu emphyteusis ad heredes filii non transibit. Et in donatione, quod trãseat ad heredes, tradit Bald. *cons. 262. in colo. col. 2. vol. 1.* vbi donatio illa, quod nulli alii ius quæratur, non transmittitur ad heredes: quare cessantibus illis verbis transmittitur. Idque generale est in aliis contractibus & obligationibus, quoniam omnis obligatio in dubio vi-

Processus delegati, nullus ante rescriptum, conualescit illo accedente.

16 *Contractus a principio nullus conualescit, cessante caussa nullitatis.*

Mandatum iurisdictio ab eo, qui potestatem non habebat conualescit, si potestas superuenerat.

17 *Institutio filii spurii, per superuenientem legitimationem conualescit.*

18 *Alienatio facta in fraudem Titii conualescit illo mortuo.*

Binubus, succedens filiis primi matrimonii, solum vsumfructum consequitur.

Interp. Ord. lib. 4. tit. 91. §. 2 in nouis.

19 *Alienatio facta a patre binubo de bonis filii praemortui confirmatur, si alii filii illius matrimonii moriuntur.*

20 *Renuntiatio successionis in fauorem fratris facta, cessat illo mortuo.*

Renuntiatio secundo geniti confirmatur mortuo primogenito.

Substitutio pupillaris per mortem matris conualescit.

Alienatio per mortem fideicommissarii conualescit.

21 *Possessio rei superueniens reo, validat sententiam, vt possit exsecutioni mandari.*

Ius superueniens actori praestat illi sententiam, licet a principio inutiliter egerit.

22 *Pupillaris substitutio ab extraneo facta conualescit, per patriam potestatem superuenientem.*

Pupillaris substitutio ab eo facta, qui caret patria potestate, est nulla.

Patria potestate cessante nascitur ciuilis obligatio inter patrem & filium.

Alienatio aduentitiorum, vbi soluta est patria potestas, conualescit.

23 *Donatio reuocata per l. si vnquam, conualescit morte filii.*

Concessio emphyteutica, de re aliena facta conualescit, si concedent dominus fiat.

24 *Collatio beneficii conualescit, per deuolutionem superuenientem.*

Collatio beneficii laico facta conualescit, per ordinem clericatus superuenientem.

Collatio facta spreto patrono, nulla est, confirmatur tamen per illius consensum.

25 *Hypotheca rei alienae, quae nulla est, per ius superueniens conualescit.*

Donatio rei alienae per ius superueniens confirmatur.

26 *Donatio libertatis, a non domino facta, non conualescit per ius superueniens, quod tamen praestat exceptionem.*

27 *Retentio facilius conceditur, quam actio.*

28 *Filia nominata per viam exceptionis potest allegare ius superueniens matri, quae vtiliter nominauit.*

Libertas donata a non domino ex iure superueniente non conualescit.

Donatio de re aliena facta, non conualescit ex iure superueniente neq. hypotheca.

29 *Hypothecari potest res aliena in tempus, quo erit hypothecantis.*

30 *Donatio libertatis, item hypotheca, item venditio rei dotalis, vel furtiua confirmatur ex iure superueniente.*

Solutio nulla a filio familias facta confirmatur.

Ius superueniens praestat exceptionem.

Hypotheca ex iure superueniente confirmatur, quoad actionem vtilem, non vero directam.

31 *Creditor quando sciuit rem hypothecatam alienam esse, tunc neq. vtilis actio illi datur.*

32 *Interpr. l. 1. de pignoribus.*

32 *Interpret. l. cum res. C. si aliena res pignor. data sit.*

33 *Interpretata leg. cum rem alienam. 41. ff. de pignor. actione.*

34 *Retentio datur ex iure superueniente.*

Retentio cessat vbi pignus vtrimq. & inutiliter fuit contractum.

35 *Ius superueniens non confirmat pignus, quando debitori dominus rei est heres.*

36 *Pignus rei alienae ex iure superueniente, conualescit, quoad vtilem actionem & retentionem, idem in donatione.*

37 *Donatio rei alienae non est nulla.*

38 *Ius superueniens confirmat etiam ad agendum, quando actus, non exigit traditionem.*

39 *Ius superueniens restituens caussam ad pristinum statum, confirmat etiam ad effectum agendi.*

40 *Rescriptum interpretatum ab excommunicato conualescit per absolutionem superuenientem.*

Dispensatio superueniens validat actum gestum.

41 *Actus cuius effectus est relatus ad certum tempus, tenet, si caussa annullans infra illud tempus cessabit.*

42 *Nullitas solum potest allegari ab eo, in cuius fauorem est inducta.*

Nominatio secunda facta viuo primo nominato, non est ipso iure nulla.

Verbum potest praecedente negatiua inducit impotentiam & nullitatem.

Verbum futuri temporis, non inducit ipso iure dispositionem.

43 *Secunda nominatio est in pendenti, vsq. ad tempus mortis, quo prima nominatio incipit effectum habere.*

44 *Socius fundo communi seruitutem non acquirit.*

Praesentatio secunda est in pendenti.

Nominatio secunda licet respectu primo nominati sit nulla, tamen respectu nominantis, est valida, aut saltem in pendenti.

44 *Concessio de re aliena facta omnino non est nulla, licet fieri prohibeatur.*

Concessio emphyteutica de re ab alio possessa, facta conualescit per mortem possessoris.

46 *Variatio prohibita est.*

47 *Actor non allegat ius tertii.*

48 *Nullitas a lege inducta pot. a quocunq. allegari.*

Legitimationis nullitas a solo legitimo opponitur.

49 *Nullitas contractus bonae fidei a solo dolum passo allegari potest.*

Commissum emphyteusis a domino tantum directo allegatur.

Nullitas a lege inducta, habet tacitam conditionem, si allegetur ab eo, cuius interest.

50 *Decretum irritans ab eo duntaxat allegatur, in cuius fauorem fuit appositum, etsi nullitas inducatur in fauorem publicum, vel Ecclesiae.*

51 *Clausula antefixa non operatur effectum, nisi ab eo, in cuius fauorem fuit adiecta petatur.*

Nullitas secundae nominationis est inducta in fauorem primae.

in simili Cassadorus, dict. quæst. 5. resoluit, præsentationem a patrono factam, viuente adhuc beneficiario, adeo nullius roboris esse, aut momenti, cap. fin. de concess. praben. vt neque per mortem ipsius beneficiarii conualescat, & consequenter, quamuis res perueniat ad casum, a quo incipere recte potest. Nã cum lex initio resistit, superueniens caussa nulliter gesta, non confirmat, quamuis aliter loquatur Decius, consil. 172. non aduertens: quod quando actus gestus est consummatus, nulla caussa superueniens eius consummationem immutat, l. fin. in princ. ff. vnde lib. l. inter stipulantem. § sacram, ff. de verber. oblig. ibi: nec reuocantur, in obligatione, & ibi Iason, notab. 4. & in l. patre furioso ff. de his, qui sunt sui, cum plurimis congestis more solito, per Tiraquell. libr. de cessante caussa, limit. 12 per totum, cui addo Gomezium in Regulas Cancell. de infirm. resign. quæst. 32. pag. 213. ad fin. quæstionis resoluentem, effectum semel inductum esse perpetuum, licet caussa producens cesset, ex Ancharan. consil. 62. Areti. 31. Decio in cap. cum cessante, de appellatio cum aliis ibidem a Gomezio relatis, & in regula, de annali possessore, quæst. 82. colum. 2. ad fin. pag. 667. tradit Afflictus in cap. 1. Imperator Lotharius post num. 10. sic intelligens, regulam, dict. ca. cum cessante, & l. adigere. §. quamuis, de iure patron. vt non procedant, quando caussa produxit actum consummatum, quia tunc licet illa caussa cesset, effectus consummate productus, non cessat, tradit Zuchardus in l. fin. C. de edicto diui Adriani, num. 17. & fuit sententia Bartoli, in leg. 2. §. fin. ff. de donatio. tradit etiam Peralta, in l. Mæuius, §. fin. ff. de legat. 2. numer. 20. cum sequent. pag. 543. intelligens hoc verum, quãuis caussa effectum producens, momento tantum duret, & ibi multa adducit, quæ consulto prætermittimus, & alia quam plurima a Tiraquell. libr. de cess. causs. limit. 12. cumulata & a Pelaez, libr. 2. de Maioratu, quæst. 6. num. 37. ad fin. & num. 39. quibus hæc consideratio confirmari potest, & intrepide defendi, scil. a principio nullam fuisse nominationem factam in fauorem filii, nec per mortem fratris prius nominati conualescere, quoniam nullitas effectus semel consummatus, perpetuus est, quamuis cesset caussa annullans, id est, frater prius nominatus decedat.

3 Idque † in specie comprobat Tiraquel. libr. de cessante causs. limit. 19. resoluens, nullitatem actus gesti, semel inductam, ob aliquam caussam, perpetuam esse. & si illa caussa cesset, & exstinguatur, non conualescere actum illum nulliter gestum, vt deducitur ex §. 1. Instit. de exhered. liber. ibi: Alioquin si eum silentio præterierit, inutiliter testabitur, adeo quidem, vt si viuo patre filius mortuus sit, nemo heres, ex eo testamento, existere possit, quia scilicet ab initio, non constiterit testamentum. Ecce qualiter ibi nullitas semel a iure inducta, non exstinguitur, & si moriatur is, qui nullitatis caussam præbuit, tradunt Doctores ibi, & in l. si filius, qui in potestate, ff. de lib. & posthum. vbi Alexand. num. 1. & Iason nu. 1. & 14. Menchaca de success. creatio. §. 15. num. 34. habetur in l. 2. C. de posthum. hered. instit. Conducit, quod obseruauit Iason, in l. fin, qui pro emptore, ff. de vsucap. num. 93. resoluens, testamentum factum ab eo, qui erat apud hostes, quia a principio nullum est, confirmari per reuersionem in patriam, non posse. Sic etiam in proposito, Barbatia in cap. consultationibus, de donatio. num. 2. probat, collationem beneficii non vacantis, per vacationem superuenientem conualescere. Cui accedit Cassadorus de iure patron. quæst. 5. asserens, constitutionem procuratoris factam ad præsentandum, tempore, quo beneficium, non erat vacans, contingente postea per mortem possessoris vacatione, minime confirmari. Sic etiam testamẽtum vsuratii, per cautionem postea præstitam non conualescere, Barbatia d. loco. Accedit etiam notabilis Felini traditio, consil. 1. ante num. 2. in his terminis resoluentis, actum gestum inhabili & incongruo tempore, eiusmodi incongruitate, quæ substantiæ actus gesti resistit, esse ipso iure nullum, & perpetuo talem censendum fore, quamuis temporis habilitas superueniat, refert notat. in l. 1. §. fin. & ibi gloss. ff. de itinere, actuque priuato, vbi habetur, clam ingresso possessionem bonam fidem superuenientem, non prodesse. Quo in loco etiam Felinus, num. 2. notabiliter arguit a casu contrario Finge, inquit actum gestum a persona habili, is sine dubio perpetuo tenet, quamuis superueniat inhabilitas, & sic quamuis superueniat caussa a qua incipere non potuit: quemadmodum in matrimonio scribitur in cap. 7. qui 32. quæst. 7. quod per superuenientem furorem impediri non potest, si a sano & mentis compote initio celebratum fuit: tradit Corras. in leg. pro parte, ff. de seruitut. a numer. 9. pagin. 227. resoluens impedimentum superueniens actui iam gesto perfecto, & consummato non nocere, l. in ambiguis, §. 1. ff. de regul. iur. & in cap. factum, eodem tit. in 6.

Inducit † etiam, ad notata in cap. bonæ in 2. de electio. 4
vbi non tenet citatio facta, pro electione, viuo adhuc prælato facienda, licet postea moriatur. Inducit etiam, quod de sententia excommunicationis nulla propter pendentiam appellationis scribitur, in cap. licet, de senten. excommu. in 6. quod deserta appellatione, non conualescit: & si verum sit, quod desertio reddit appellationem ad non appellationem, quasi nunquam fuerit appellatum. Adducit etiam Felin. collationem beneficii factam ab ordinario in mense Sedi Apostolicæ reseruato, adeo nullam esse ex defectu potestatis conferentis, vt minime conualescat, & si Papa infra illum mensem non conferat, tradit Socinus lib. 2. consil. 260. numer. 20. Cassad. de concess. prabend. quæst. 5 num. 2. Staphileus de liter. grat. pag. 235. numer. 1. & Ludouic. Gomez. super regula de publica. quæst. 17. ad fin. pag. 996. Bertran. lib. 3. consil. 38. num. 6. qui probat, hanc esse veriorem sententiam, quamuis a num. 1. multa in oppositum adducat, & facit Cassad super reg. quæst. 24. vt idem probat, in eo, qui contulit beneficium, infra tempus publicandi resignationem, quæ nulla est, licet contingat resignationem suo loco & tempore non publicari, de qua Gomezius, dict. quæst. 17. & iuuat Cassadorus super regulis, quæst. 27. Vbi inquit, exstantibus exspectatiuarum concessionibus, in quatum præiudicium vacantium beneficiorum prouisio impeditur, collationem ab ordinario factam, neutiquam conualescere, quamuis contingat, vacans beneficium ab exspectante nun acceptari, vt tradit Rom. antiqua. 834. & antiquior, de prabend. 23. optime Felinus in cap. cum ex officii, num. 36. de præscriptio. Cassadorus tit. de reseruat. quæst. 6. numer. 5. Lud. Gomez. d. quæst. 17. in fin. de publicand. quamuis Pan. in d. c. cum ex officii, num. 35. & Ancharan. in cap. statutum de prabend. in 6. ad fin. & Bellameran. quæst. 468. contrarium existiment obseruandum, quorum doc[illegible] reiicit

Beroius, *in rub. de iure patro. num. 64.* Et in casu contrario de acceptatione exspectantis, facta in mense ordinarii, qui per negligentiam non contulit, loquitur Felinus *dict. num. 36.* contra Rotam, de qua ibi cum Panormit. tamen transit Staphileus *de liter. gratiæ, tit. de vi & effectu clausularum. §. successiue. nu. 4.* & magis probat Gomezius *de triennali. quæst. 28. illatio. 4.* Vbi asserit, quod sic prouisus fruitur illa regula

5 Hinc † etiam rescriptum ab excommunicato impetratum, adeo nullum est, vt neque per absolutionem superuenientem conualescat, *Panorm. in c. dilectus filius, de rescript. colum. 2.* quoniam, vt Panor. ait inhabilitas impetrantis, ab excommunicatione caussata, per quam rescripti impetratio infirmatur, *vt not. in c. 1. de rescript. in 6.* per superuenientem absolutionem, & sic habilitatem, non purgatur, *per regulam, non firmatur, de reg. iur. in 6. l. quod ab initio, ff. eod. tit.* tradit Crotus *in c. 1. de rescript. in 6. statim post princip.* adducens pro hac sententia, *tex. in l. 1. §. si filius. ff. de leg. 3. & in cap. si eo tempore, de rescript. in 6.* vbi resoluitur, habilitatem superuenientem non conualidare actum infirmum ex illius defectu. sic etiam inducit notata *in §. 1. Inst. de exhered. lib. iun. d. l. Papinianus. ff. de inoffic. testament.* Nec minus conducit, quod tradit Selua *de benef. 3. part. quæst. 6.* resoluens collationem beneficii laico factam, adeo nullam esse, vt per superuenientem ordinem clericalem non conualescat; Magis etiam adstipulatur Afflictus *in cap. si quis quo temp. miles. num. 15.* defendens, concessionem factam in vita vasalli, adeo nullam esse, vt neque illo mortuo conualescat, quicquid ibi velit glossa. Ex quibus sane in proposita quæstione, nominatio emphyteutica in fauorem filiæ facta, viuo adhuc fratre prius nominato, ipsius fratris morte, conualescere non potest; & consequenter secūdam in fauorem nepotis nominationem impedire: nam cum ille effectus nullitatis fuerit consummate productus, perpetuo manet, quamuis nullitatis caussa cesset, vt prædiximus.

6 Idque † etiam videtur agnouisse Dynus, *in cap. si factum legitime, de regul. iur. in 6.* resoluens processum inquisitionis, non impedire accusatorem superuenientem, si modo inquisitio sit consummata, *Barto. in l. 3. §. qui Plautianum, col. 3. ff. de liber. agnoscen. & in l. penult. ff. de suspect. tutor. plenius in l. si maritus, §. 1. ff. de adulteriis, tradunt Cynus. Baldus. & Salycetus, in leg. ea quidem. §. quapropter, C. de accusation. & Angelus de maleficiis, colum. 10.* vbi notabiliter obseruauit, hodie non cessare inquisitionem, per accusatoris superuenientiam: quia generaliter per statuta & consuetudines est permissa inquisitio: Quocirca remedium est ordinarium, quod alio ordinario accusationis non exstinguitur: idque horum regnorum praxis obseruat, in quibus inquisitio ex iudicis officio ad cognoscendos delinquentes, propter exsistentiam accusatoris non impeditur: Cuius contrarium obtinet, si agatur de puniendo delinquente, ad quā vindictam fiscalis promotor non auditur, quamdiu adest accusator, qui prius ad iudicium vocandus est, iuxta formam *l. Regia, lib. 5. titu. 124. in nonis,* ibi: *Despois que alguem for preso, nano sera solto, a menos que a parte, a cujo requerimento for preso, ou a quem a accusaçano pertencer seja citada,* Concordat lex Regia, *eodē libr. tit. 126. in nonis in princ. ad finem,* ibi: *E nos ditos editos, se podera isso mesmo, que notificano aos parentes do morto, ou partes, a que tocar, que venhano accusar, se quiserem,* & fuit sententia Baldi, *in cap. 1. de iud. num. 18. & ibi Barbatia, num. 139. Perusin. in cap. vt inquisitionis. §. prohibemus, num. 1. de hæretic. in 6. Bernardus Diaz in regula, verbo, incarceratus, Iacobus Bessaeus, ad Soarez titul. de los emplazamientos, num. 54.* & est ratio, quia pars lædi potest, ad quam pertinet accusatio, ideoque in iudicium vocanda est, *l. nam ita diuus, ff. de adoptio. l. de vnoquoque, ff. de re iudicat. tradit Maran. 6. part. nu. 38.* Quocirca nisi pars, ad quam accusatio pertinet, citetur, repeti reus potest, vt probatur *in l. si maritus, ff. de adulteriis, ad fin. in l. si accusatoribus, C. de accusation. Hippolyt. in l. vnius. §. cognituram. num. 40. ff. de quæstio. Bossius titu. de citat. nu. 41. & tradit Amles. libr. præator. fol. 35. nu. 34. cap. 1. verbo. Fiel.*

Hinc † etiam seruitus semel constituta perpetuo manet, quamuis contingat casus illam impediens posse constitui, *vt in leg. vt pomum. §. fin. ff. de seruit.* cuius contrarium, licet videatur probare Iureconsultus, *in l. pro part. 11. eodem tit.* necessario intelligi debet, quando seruitus non erat constituta, sed promissa tantum, quo casu potest impediri, si superueniat caussa impediens. Verum, quia hæc iura difficultatem habent, sicco, vt aiunt, pede transeundum non est. Et enim *in dict. l. vt pomum* Celsus Iureconsultus, sic ait. *Si prædium tuū mihi seruiat, siue ego partis prædii tui dominus esse cœpero, siue tu mei, per partes quidem seruitus retinetur, licet ab initio per partes acquiri non poterat.* Ecce qualiter seruitus semel plene constituta per partes retinetur, quamuis pro parte fundus seruiens efficiatur eius, ad quem seruitus pertinet. Concordat Paulus, *in l. si quis 29. ff. de seruit. vrbano prædio* ibi: *Si partē prædii nactus sim, quod mihi aut cui ego seruiebā, non confundi seruitutem placet, quia per partes seruitus retinetur,* concordat & Iulianus, *in l. si communes 27. in fin. ff. de seruit. rustico. prædio.* ibi: *Quia proprio fundo per communem potest seruitus adquiri.* notabiliter explicat Iason, *in l. stipulationes non diuiduntur ff. de verb oblig. nu. 16.* Ex quibus plane deducitur, constitutam seruitutem posse pro parte retineri, quamuis nequeat pro parte de nouo acquiri, quod Modestinus *in d. l. pro parte 11. in prin. ff. de seruitut.* probat, ibi: *Pro parte dominus seruitutē acquiri non posse vulgo traditur.* Quo argumento subdit Iurecōs. *& ideo si quis fundum, habens, viam stipuletur, & partē fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem in eum casum deducendo a quo stipulatio incipere non possit.* In quo sane Iureconsultus aduersatur dispositioni *d. l. vt pomum, §. 1.* probantis, pro parte retineri seruitutem posse. Sed diluitur obiectio, si perpendamus, illud responsum procedere in seruitute stipulata, seu promissa, nondum tamen constituta, quæ fundo communi acquiri per socium non potest. Qua ratione *in dict. leg. pro parte*, Modestinus ait, stipulationem seruitutis corrumpi, si is, qui illam stipulatus est, fundi partem, cui illa erat constituenda, alienauit. Peruenit enim ad casum, a quo incipere seruitutis stipulatio non potuit: Et propterea, quia seruitus nondum erat constituta, promissa corruit, in casu *dict. l. pro parte*, quæ ad illum casum necessario restringi debet, si attendas ad regulam, ibi in principio positam, quæ loquitur in seruitute acquirenda, non quæsita, quam dicit, pro parte dominii rei communi acquiri non posse. Ex qua regula infert, eum qui fundo proprio seruitutem 7

fuit

fuit stipulatus, nihil egisse, si postea, antequam seruitus sit constituta, partem fundi alienauit, quoniam stipulationem deduait per eam alienationem ad casum, a quo incipere nõ potuit: siquidem communem suum fundum fecit, quare illi seruitutem stipulari non potest. *l. si vnus, ff. de seruit. rustic. l. proprium, ff. commun. prædio.* Actus enim nondum perfectus & consummatus, ex caussa superueniente illius absolutionem seu perfectionem impediente, infirmatur, *vt diximus.* Iuxta quam traditionem, illa Iureconsultorum responsa sunt in concordiam reducenda, vt explicat Corrasius, *dict. leg. pro parte, a num. 9. & in l. via. num 19. eod. titul.* Et ita necessario differentia constituenda est inter seruitutem constitutam & constituendam: Illa enim per partes retinetur, *dict. leg. vt pomum. 8. ff. de seruit. cum aliis* Hæc vero minime, quia antequam constituatur, medium adest vitiosum, illius constitutionem impediens, *Iason dict. leg. stipulationes non diuiduntur, num. 16. & ibi Alexand. numer. 8. Iason etiam in leg. si pœna §. cum inter, num. 2. ff. de condictio. indeb. Anton. Gomez. de contractibus, 2. tom. cap. 15. num 25.* Et hæc intelligi dumtaxat procedere in eo, qui fundum habet communem pro indiuiso: non sic, si diuisum, quoniam hoc casu parti, quam possidet, seruitutem recte stipulatur, *leg. ad certam, 6. ff. de seruitut.* vbi id scripsit Paulus, *ad certam partem fundi, seruitus tam remitti, quam constitui potest*, & ibi Accurs. obseruauit glossa prima a Doctoribus communiter recepta, quæ, & quod in *dict. leg. pro parte,* Modestinus ait, intelligendum est, in eo, qui pro parte indiuisa fundum communem habebat.

8 Caue tamen, quia † nec prædicta resolutio difficultate caret. Obstat enim Pomponii responsum, in lege viæ, *17. ff. de seruitut.* Vbi eleganter respondit, promissam seruitutem peti posse ab heredibus promittentis & eius, cui illa fuit promissa. Quod ea diametro repugnat text. *in dict. leg. pro parte, eodem titul. & l. si sub vna. §. fin. ff de verborum obligatio.* Vbi Iureconsultus respondit, exstingui seruitutem promissam, si is, cui fuit promissa, fundum, cui seruitus erat constituenda, in alium tertium, cessit, & transtulit. Hanc difficultatem agnoscens Corrasius, *d. l. via, num. 19. pag. 378.* soluit distinguendo, inter translationem factam, ea aliquo titulo particulari venditionis, aut simili ad quam referendam cẽset dispositionem, *d. l. pro parte.* & ex titulo vniuersali hereditatis, ad quam ait referendam, *d. l. via.* Nam cum heredes, defunctum, qui stipulatus est, repræsentent, obligationis qualitas, in eis non mutatur. *leg. 2. §. ex his, ff. de verbor. obligatio.* vbi Iason, *num. 6.* Et consequenter, non possumus dicere, superuenisse casum impedientem, seruitutem promissam constitui posse.

9 Hinc etiam glossa notab. *in l. vbi adhuc, C. de iure dot.* vtiliter resoluit, maritum doris administratione priuatũ, propterea quod ad inopiam vergebat, eãdem nõ recuperare, si ad diuitias & prosperam fortunam perueniat, sequitur Bart. *in l. pluribus, §. & si placet, ff. de verbor. oblig. plenius in l. si constante, ad fin. princ. ff. solut. matr.* Sequitur etiam Gomezius, *in l. 50. Tauri, num. 35.* Et est communis resolutio ex supra scriptis dependens, quia illa priuatio consummata est, neque potest, ex caussa superueniente infirmari, & si nostri interpretes aliter loquentes, opinentur, id ea potissimum ratione defendi posse, quia diuitię superuenientes marito, ad eundem effectum producendum adducuntur, quem ipsa priuatio produxit, nempe dotis conseruationem. Quapropter actus legitime semel factus, id est, priuatio, nequit ex caussa superueniente, ad eundem finem tendente, retractari, *l. verbis legati, ff. ad leg. falcidiam, & leg. sciendum, §. fin. ff qui satisd. cog.* vbi Bald. & Paul. hanc traditionem melius, quam alibi probari firmant, cuius tamen contrarium vti verius probauit Corrasius, *in d. l. pro parte, ff. de seruit. num. 12. pag. 229.* cum Specul. *titul. de donat. inter virum & vxor. §. fin. Dyno Baldo, Cuman. Romano, & Ias. d. l. si constante. ff. solut. matrimon.* qui certe videntur rectius locuti: nam cum inopia mariti caussam priuationi dederit, & modo cesset, non est, cur illi restitutio deneganda sit, ea regula. *l. 1. §. mmdm. ff. de curat. furios. & l. fin. C. de senten. passis.*

Hinc etiam passim † nostri auctores tradunt, le- 10
gitimationem spurii filii, impetratam a principe, propterea quod impetrans sobolem non habebat, per natiuitatem filiorum legitimorum, non reuocari: nam cum semel illa fuit concessa perfecta & consummata, perpetua esse debet, ex regula supra præmissa, quamuis superueniant liberi, *Bart. nume. 3.* & communis *in l. ex facto, ff. de vulgari, vbi Iason, nu. 16. & Claudia, col. 2. ad fin. & Alciat. a num 35. Deci. consi. 308 n. 3 sequuntur plures a Tiraq relati in l. si vnquam, C. de reuoc. donat. verbo donatione, num. 229.* quamuis lato sermone contradicat Ripa, *l. ex facto, ff. de vulgari, nu 50.* & plures alii, quorum meminit Tiraqu. *d. loco. n. 227.* quo loco, *n. 252.* in hanc partem magis videtur inclinare. Quibus multum obstat ille casus valde singularis, *in l. si parens, C. de suis & legit. hered.* Vbi adoptio non infirmatur propter sobolem postea susceptam. Quare idem quoque in legitimato filio videtur resoluendum, quamuis is, propterea debeat in successione cum legitimis concurrere, quemadmodum & adoptiuus, facit Regula, *in l. ambiguis, 95. §. non est nouum, ff. de reg. iur.* Verum, quia præcipuum fundamentum factionis aduersæ pendet a text. *in d. l. ex facto, ff de vulgari, in fin.* respondẽdum est, in casu illius text. ne omnino legitimus a paterna successione excluderetur, fuit irrita substitutio. Impium enim legislatori visum fuit, filium ab hereditate paterna protinus submoueri. Quæ ratio non militat in casu, quem tractamus, quia legitimus ad successionem simul cum legitimato vocatur. Quicquid teneas, in his regnis contraria sententia obtinet, quia de stylo curiæ hisce legitimationibus addi solet clausula, *citra tamen præiudicium legitimorum heredum,* quæ clausula, quia de heredib. loquitur, intelligitur de exstantibus tempore mortis paternæ, vt habetur, *in l. 1. ff. de hered. vel action. vendit.* quod ita in specie obseruauit Corneus, *consi. 3. a num. 4. vol. 1.* & Alciat. *d. l. ex facto, ff de vulgari, num. 40.* Ex quibus in his regnis legitimati, vbi filii adsunt legitimi, quoad priuilegia notabilitatis paternæ, & honores manent legitimi, absque vlla controuersia, ex *Tiraq d. loco, num. 258.*

Ex † quibus etiam vtiliter resoluitur, legitimatũ
filium, exstante legitimo, minime posse emphyteu- 11
ticam successionem Capellæ, aut Maioratus, aut alterius rei indiuiduæ, ad vnum tantum pertinentis, petere, per tex *in d. l. ex facto, in fin.* Nam cum legitimatus nequeat prorsus excludere legitimum a suc-

cessione, *ut diximus*, vbi res, de qua agitur, ad vnum tantum pertinet, præualere debet legitimus, ad cuius exclusionem legitimatio infirmatur. Quod diligenter nota.

12 Sed in † proposita specie prædictis non obstātib. multa sese offerunt in contrarium pro filia, viuente filio, posterius nominata, aduersus nepotem, & quemcunq; alium. Et imprimis aduerto, in hoc casu matrem filio mortuo primo loco nominato vniuersalem heredem exstitisse, cum ille nullam legitimam sobolē reliquerit: quapropter ad eam filii peruenit hereditas, ex regula *l. nam etsi parentibus, C. de inoff. testam. habetur in l. 3, C. de bon. qua liber. & ibi notant Bart. & Paul. Salyc. & alii Dd. communiter, & in l. fin. C. commun. de success. ad fin.* ibi: *Tunc ad vltimum locum pater a legibus conclametur, & sui filii, non gratā hereditatem, relictam, sed triste lucrū, sibi lugeat acquisitum*, & ibi notant Paul. Salyc. & alii, & est bonus tex. *in l. fin. C. ad Tertull. vers. sin vero defuncta persona, & in auth. de hered. ab intest. veni. §. si igitur defunctus, coll 9.* vbi nominatim in defectum lineæ descendentium, vocantur ad successionem ascendentes, seruata graduū prærogatiua, tradit Guil. *in c. Rayn. verbo. & vxorem, n 632 cum seq. de test.* Hisp. interpretes *in commento l. 6. Tauri.* & lex Regia, *lib. 4. tit. 91. in prin. in nomis.* Secundum q̃ resolutionem, quæ vtiq; apud omnes recepta est, absq; vlla difficultate, etsi emphyteusis, de qua est quæstio, ab ipsa matre non ꝓficisceretur, sed aliunde illam filius habuisset, ad eā tanquam nominatam pertinere debuisset, ac transitura foret, ex regula tex. *in §. 1. supra tit. prox.* vbi nos, *& in §. 3. diximus.* Multo ergo magis, eidē matri & hæc emphyteusis est concedenda, cum ab ea in filiū virtute nominationis processerit, pleno non quidem iure, sed vsufructu reseruato ꝓ tēpore vitæ suæ. Induco ad id l. Regiam, *lib. 2. tit. 35. §. 16.* in fortiorib. sane terminis loquentem. Ibi n. postquam scriptū est, bona de corona Regia, ad ascendentes transire non posse, ad similitudinem feudorum, vt tradit Curtius iun. *de feudis 2. par. 3. par. n. 42.* subdit legislator, *Pero se a dita terra foy primeyramente do dito padre, ou auo, & foy por elle dada, ao filho, ou neto, em tal caso per morte do tal filho, ou neto, tornarseha ao dito padre, ou auo, cujа dantes foy. &c.* Ecce ergo, qualiter bona illa a parente profecta, ad eundem per mortem filii, sine ꝓle decedentis reuertuntur, non ad Regem, directum dominum, quemadmodum cetera, quæ filius aliunde non a patre habet: multo igitur magis emphyteusis, de qua agimus, ad matrem reuersionem fecisse censenda est, cum ab ea, non aliunde processerit. Quod sane argumentum a maiori plane deducitur, si consideres, emphyteusin vndecunque acquisitam filio, ad matrem trāsire. ex reg. *§. 1 & 2. sup. tit. prox.* Quare sine scrupulo resoluendum est, emphyteusin hāc per mortem filii, sine legitima prole decedentis, ad matrem, quæ nominauit, reuersam fuisse.

13 Ex † qua traditione vtiliter ad propositam quæstionem infertur, nominationem factam in gratiam filiæ conualescere: etenim ius superueniens vēditori confirmat ius emptoris, aliter nullum & infirmum a principio, vt tradit Iureconsultus, *in l. vindicantem, ff. de rei vind. & in l. si quis alienam ff. de actio. emti.* vbi respondit emtionem rei alienæ conualescere, si venditor illius rei dominus efficiatur: ius namque superueniens venditori, prodest habenti caussam ab eo, ibi: *Si quis alienam rem vendiderit, & medio tempore heres domino rei exstiterit, cogetur implere venditionem.* Ita Gamma, *quæst. 67.* Quemadmodum igitur, ibi is, qui alienauit rem alienam, factus heres veri domini rei alienatæ, adstringitur ratam habere venditionem ipsius rei: ita, & hic mater filiam nominans ad emphyteusin hanc, quæ vere, & realiter ad eius filium pertinebat, cum illi postmodum heres exstiterit, & emphyteusin fuerit consecuta, cogetur etiam implere ac ratam habere nominationem, ex regula illorum iurium: quoniam propter reuersionem emphyteusis ad matrem, ius filiæ nominatæ, perinde ac si mater a principio vera esset emphyteuta, & vtilis domina, conualuit, ac confirmatum est. *per iura supra dicta & per tex. in l. filiam. 56. ff. ad Trebellian.* ibi: *Constitit ex eo facto venditiones, & item pignora confirmari.* Optimus est ille casus in proposita quæstione, quoniam ibi fideicommissarius ante restitutionem sibi factam, bona hereditaria alienauit, & pignori nulliter dedit: & tandem subsecuta restitutione, respondet Iureconsultus, ipso facto omnia conualescere. Quod ita in terminis resoluit Corneus, *libr. 3. consil. 51. sub numer. 1.* vbi alia similia adducit, & Menchaca, *libr. quæstion. Forens. cap. 57. numer. 9.* vbi de pignoris conualescentia agit: quod quamuis a principio fuerit inutile & infirmum, ex iure tamen superueniente conualidatur. *vt ibi probat & tradit Boerius, quæst. 23. a num. 13.*

Adstipulatur † communis illa resolutio, Docto- 14
rum, *in leg. 1. ff. de pact. & in leg. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verborum obligatio.* rursus & *in §. si quis alii. Instit. de inutilibus stipulat.* vbi licet alii nemo stipulari possit, nisi suo iuri subiectus sit, aut sua intersit, si tamen ex post facto interesse superueniat, per accidens stipulatio conualescit, vt cum communi *in d. §. alteri*, resoluit Iason, *num. 21.* & Menchaca *lib. quæst. Forens. c. 58. nu. 31.* licet repugnet Fortun. Garsia. *in d. l. 1 ff. de pact. nu. 37. & 51.*

Facit † etiam pro hac sententia, quod tradit Pa- 15
normitan. *in cap. cum ex officii. col. pen. num. 34. & seq. de præscriptio.* vbi firmat, quod licet manus ordinarii sint ligatæ, infra mensem concessum exspectatib. iuxta tradita *in Clemen. 1 de concess. preben.* & consequenter eius collatio eo tempore facta, nullius sit roboris & momenti, nihilominus tamen si nullus exspectātium, sic nulliter collatum beneficium acceptet, ea collatio conualescit, quia peruenit ad casum, vnde potuit incipere, tradit Bertrand. *lib. 3. consil. 38. num 2. & 3.* Confirmat Panormi. hanc doctrinam ex notabili traditione Iacobi de Aren *in l. vni, C. qui pro sua iurisdictio* & Ioann. Andr. *dict. c. cum ex officii*, firmantium iudicis delegati processum, quāuis sit nullus ante rescripti, seu commissionis præsentationem, vt tradit Felin *in c. suscitatio de rescript. num. 12. ad fin. & ibi additio, & Decius in ca. super eo, in 2. de appell. num. 12. & ibi Francus & Paris. lib. 4. cons. 12. nu. 18. Rota noua. 459. Menoch. lib. 1. sent. q. 75. Vantius de null. ex def. superioris omnia conualidantur.* Sic ergo in casu nostro dicendum est, nominationem emphyteusis a matre factam cōualescere per superuenientiā iuris, seu potestatis nominandi, contingentis per mortem filii, ab ea prius nominati.

Inducitur † etiam a Panormitan. notabilis Bartoli sententia, *in leg. cum vir ff. de vsucapio.* vbi Bartolus 16
quærit, *quod si statuto caueatur, fauore creditorum, quod debitor est bannitus, & condemnatus, antequam*

tanquam creditoribus satisfaciat, nullum prorsus cōtractum facere possit, & contingat, debitorem huiusmodi, antequam satisfaceret, nulliter contraxisse, an ae per solutionem postea contingentem contractus conualidetur? Et respondit Barto. quod sic: quia remoto obstaculo seu impedimento, firmus contractus manet, *leg. pignori. 26. ff. qui & a quibus*, vbi pignori obligatum seruum debitoris, heres manumisit, antequam debitum solueret, interrogatus Scæuola, *num liber esset?* Et respondet, illum manumissione minime liberum fuisse factum, nisi postea creditori pecunia debita soluta sit: quoniam tunc, inquit Iurecconsultus liber erit, ibi. *Respondi secundum ea, quæ proponerentur, si etiam pecunia tunc deberetur. non esse manumissione liberum factum. Paulus soluta ergo pecunia, ex illius voluntate liber fit*, probat etiam text. *in l. 5. C. de seruo pign. dat. manum.* ibi: *Si creditori. satisfactum fuerit, ancillæ quæ pignore obligata a debitore manumissa erant. liberæ fiant.* Cessat namque caussa impediēs libertatis dationem: quemadmodum & in proposita specie, cessat nominationem impediēs filius, prior nominatus, viua matre decedens.

Sic etiam mandata iurisdictio, ab eo, qui mandādi nullam potestatem habebat, ex superueniēte potestate conualescit, vt habetur *in l. 4. § fin ff. de officio proconsul. & post Ias. Felin.* & Decium resoluit Oriaꝛnus *in rub. ff. de officio eius, antonum. 20. & Ias in eadem rub. num. 4. gloss. & Bartol. in l. vni. C. qui pro sua iurisdictione.*

17 Nec † minus fouet, quod tradūt auctores nostri, institutionem filii spurii, simpliciter & pure factam, superueniente legitimatione conualescere, quamuis a principio sit ipso iure nulla, *vt adnotauit glossa singul. in leg. fin. ff. de regul. Catoni. communiter recepta, secundum Alexand. in leg. Gallus. § instituens, col. 2. ff. de lib. & posthum. vers & licet, & ibi Iason, nume. 6. & in l. si is, qui pro emtore. ff. de vsucap. nume. 268. rursus & in cons. 127. colum. pen. volum. 4.* & fuit sententia Baldi *in l. certum, C. vnde legitimi, Angel. & Imola, in l. si alienum, § in extraneis, ff. de hered. instu.* quorum ad id meminit Tiraquell. *lib. de primogen. quæst. 34. num. 31.* quamuis contradicat idem Baldus, *in l. tam quam, C. de fideicommiss. num. 48.* quem conatur defendere Aretin. *in l. cetera, colum. 1. ff. de legat. 1.* ex regula, *dict. § in extraneis*, quæ parum nocet, si consideres, legitimationem eius esse naturæ, vt retrotrahatur, filiumque reddat a principio habilem, ac suo statui restituat, vt aduertit Tiraquel. *dict. num. 31.* & tradunt scribentes *in l. Gallus, § & quid si tantum, ff. de liber. & posthum.* & est bonus text *in l. fin. C. de natalib. restit.* Quocirca in casu nostro mirum non est, nominationem factam in fauorem filiæ conualescere per mortem fratris mortui: siquidem eius exsistentia impediebat matrem posse nominare, quod quidem impedimentum, eius morte superueniente subintum reperiretur, & omnino sublatum, & sic res ad casum deducta, a quo libere potuit incipere.

18 Verum † est enim, alienationem rei factam, in fraudem & præiudicium Titii, illius morte conualescere, quia cessat caussa impediens, & res peruenit ad casum licitum, a quo sine difficultate potuit incipere. Finge, parentem ad secundas nuptias conuolasse, & per mortem filii prioris matrimonii, opulentam hereditatem fuisse consecutum, cuius ꝓprietas filiis eiusdem matrimonii dignoscitur pertinere, vsufructu tantum patri reseruato, propter transitum ad secunda vota, vt habetur *in leg. 1. & in authen. ex testamento, C. de secund. nupt.* vbi id obseruauit Bartol. *& in Authen. de non elig. § hoc autem, numer. 1. Bald. in leg. fœmina, § illud. C. de secund. nupt. versic. sed exstat, & in dict. Authent. ex testamento. colum. 2. versic. modo quæritur*, & est communis resolutio, teste Tellio Fernand. *in leg 6. Tauri, numer. 19. versic. contrarium*, licet contradicat glossa, *in dict. Authen. ex testamento*, intelligens, parentem ad secundas nuptias transeuntem, & si nullos habeat filios alios, quam præmortuum, proprietatem amittere, soloque vsufructu cōtentum esse debere, proprietate proximioribus heredibus reseruata. Quam opinionem sequuntur Romanus & quidam alii, quorum in dict. Authen. *ex testamento* meminit, Ioannes a Garronibus, *num. 46.* & Annanas, *consil. 73. num. 2.* firmans hanc esse communem, & eum sequitur ibi Bologni. *in additio.* & probat Romanus, *consil. 273. in fin.* Qui non meminerunt, omnes pœnas per legem ciuilem impositas secundo nubenti, hodie sublatas esse, exceptis his, quæ filiorum primi matrimonii fauorem concernunt, ac intuentur, secundum communem scribentium resolutionem, *in cap fin. de secundis nuptiis.* Qua ratione hæc, quæ priuationem proprietatis tangit, hodie tenet, & in vsu est, in fauorem filiorum introducta, quibus sane mortuis, & exstinctis, necessario ea pœna cessare debet, vt Baldus notabiliter tradit, *dict. Authent ex testamento.* Quod etiam lege Regia apud nos salubriter constitutum est, lib. 4. *titu. 91. § 3.* in nouis ibi: *Empero se o filho, ou filha que tiuer algũs bens, que ouue do patrimonio, ou herença de seu pay, ou auo da parte do pay se finar ab intestado, sem descendentes, & sua māy lhe succeder, em os ditos bēs, & ella se casar com outro marido, ou ja ao tempo que herdou era casada, se ella do primeyro marido tener outro filho, ou filhos, irmano do filho finando auera a dita sua māy o vsufruito somente dos ditos bēs em sua vida.* Vides qualiter in his regnis ea lege Regia Bartoli, magisque recepta sententia Doctorum palam confirmetur, de qua *in dict. Authent ex testamento*, quicquid glossa & alii supra citati repugnent.

19 Modo † ad propositum conuerso sermone (habito pro constante, parentem ad secunda vota trāseuntem, reseruata proprietate, in fauorem aliorum filiorum primi matrimonii, solum vsumfructum consequi) Finge casum vtilem, & frequentem in foro. Pater postquam secundam duxit vxorem, bona illa a filio præmortuo obtenta, in perniciem, & fraudem alterius filii, ad quem proprietas pertinebat, alienauit, quemadmodum & in casu nostro, nec mater filiam, superstite ad huc filio, prius electo nominauit, si postea contingat omnes filios, dicti primi matrimonii diem extremum clausisse, vtiq; facta a patre alienato conualescit. Quæ quæstio deciditur ab Imperatore *in Authen. de nuptiis, § quoniam infirmas*, vbi postquam statuit, infirmas esse bonorum alienationes a parente binubo factas, addit, hoc esse obseruandum, nisi omnes filii prioris matrimonii moriantur, quia tunc, confirmatur quod alienatum est, ibi: *Si vero moriantur omnes, & rursus ad orbitatem caussa veniat, tunc ex effectu ratum erit. Quis enim hoc etiam infirmabit filiis, quibus videlicet solis, hoc seruauimus non existentibus?* & paulo inferius. *Unde a ... facta manet caussa infuisse ... sequentibus committenda fortunis. & aut perfectè ab*

initio infirmanda alienatione, aut perfectè valente. Sic ergo in caſu noſtro reſpondendum eſt, mortuo filio, quem mater nominauerat, ab eadem matre, viuo filio, factam nominationem in fauorem filiæ confirmari. Nam cum nullitas ipſius filii fauorem reſpiciat, eo decedente ceſſat.

20 Suffragatur etiam in ſimili, quod † renuntiatio paternæ ſucceſſionis facta a filia in fauorem fratrũ ſuorum, ceſſat illis deficientibus, in vita patris, & propterea renuntiatione non obſtante audiendam eſſe filiam petentem paternam hereditatem, noſtri paſſim reſoluunt Interpretes, vt voluit Baldus *in l. pactum dotali, C. de collatio. num. 3. verſic. quinto quæro. Socinus iunior, conſil. 184. numer. 15. volum. 2. Ruinus conſil. 204. num. 3. lib. 1. Aymon conſil. 42. libr. 1.* & eſt communis opinio ſecundum Pariſium, *libr. 3. conſil. 26. Crotum, Couarr. & Gregor. Lopez,* quorum meminit Tellius Fernandes, *in leg. 6. Tauri, num. 44. cum ſequent.* Neque longe abeſt, quod vtiliter probat Afflictus, *in cap. 1. §. 1. num. 12. de ſucceſſ. feudi,* reſoluens conceſſionem a domino fœminæ factam in fraudem maſculi, ad quem res ipſa pertinebat, quamuis a principio nulla ſit, per mortem tamen maſculi confirmari: ceſſat enim iam cauſſa annullans, reſque peruenit ad caſum, vnde incipere iuſte potuit. Sic etiam ſecundo geniti conſenſus præſtitus nulliter, & de facto, viuo adhuc primogenito, ad quem ius primogenituræ pertinebat, mortuo primogenito conualidatur. Vt idem Afflictus probat, *in cap. 1. de alien. feud. pater. num. 3. & 4.* quod nos latius comprobauimus, *in tract. de renouat. emphyteu. quæſt. 16. num. 66. & 68.* Sic etiam *in l. fin. C. de inſtitut. & ſubſtit.* per mortem matris conualeſcit pupillaris ſubſtitutio, & in *l. poſthumus, ff. de iniuſto rupto,* teſtamentum, in quo ille erat præteritus conualeſcit. Alienatio etiam rei prohibitæ alienari in fauorem Titii, ſi ille moriatur, conualeſcit, *vt tradit Peralta, in l. vnum ex familia, §. ſed ſi fundum, ante num. 21. ff. de legat. 2.*

21 Sic † etiam ſententia lata contra non poſſeſſorem, ex iure ſuperueniente fomentum capit: mandabitur enim exſecutioni, ſi contingat reum condemnatum poſſeſſorem fieri, *vt tradit Iaſon in §. omnium, Inſtitut. de actio. num. 23.* dicit communem ſententiam Couar. *in cap. Raynutius, de teſtament. §. 3. num. 4. fol. 384.* Eodem etiam loco Iaſon, *numer. 66.* idem reſoluit obſeruandum, in actore, in cuius fauorem poteſt ferri ſententia, ſi lite pendente efficiatur dominus, quamuis a principio inutiliter egerit, tradit diſtinguendo Ferrar. *in libello actionis realis, colum. 2. poſt princ. Peralta in l. 3. num. 11. ff. de hered. inſtit. verſ. ad idem,* Rimin. *in prin. Inſtit. quib. aliena. licet, num. 288.* reſpondens regulæ, quod ab initio non valet. Conuenit Iaſon, *in l. omnia, ff. ſi certum peta. nu. 1. Rota noua 176.* & Ludou Gomez, *in compen. vtriuſque ſignaturæ pag. 344.* & ita procedit text. difficilis, *in l. ſi Titius 9. ff. de verbor. obligat.* vbi ante natam obligationem exauditus fuit ſtipulator, contra regulam, *l. ſi pupilli, §. videamus, ff. de negot. geſt. & l. quoties, ff. de adminiſtr. tutor.* & tandem ex iure ſuperueniẽte, per litis conteſtationem obtinuit, *vt ibidẽ explicant Bart. & Dd.* Sic etiam procedit tex. notabilis *in l. ſi rem. 9. §. fin. ff. de pign. actio.* quorum iurium ſenſum ne videamur ab inſtituto recedere, alibi explicandum reſeruamus.

22 Eodem † etiam argumento, quo ſupra tam multa reſoluimus, vſus eſt Iureconſultus, *in l. 2. ff. de vulgari,* vbi reſpondit, ab extraneo pupillarem ſubſtitutionem factam conualeſcere, ſi patria poteſtas ſuperueniat, vt ibi obſeruauit gloſſa, *verbo filio, & Bartol. num. 8. Alexand. num. 10. Ripa, num. 25. Alciatus 26. tradunt, Socinus in leg. centurio, ff. illo tit. de vulg. & Bellonus in princ. Inſtitut. de pupill. num. 6. Loriotus de ſubſtitutio. axiomate. 49. & Coſta, in cap. ſi pater, de teſtament. in 6. pag. 15. num. 5. & 6.* qui omnes inducunt text. ad hoc notabilem, *in l. coheredi, 41. §. cum filia, ff. eodem titul.* quem etiam ad id obſeruat Corraſius, *in leg. quamuis. num. 4. C. de impuberum, & aliis.* Verum omnes ibi probant, eum, qui extraneus eſt, quique pupillum, in ſua poteſtate non habet, nulliter pupillariter ſubſtituere, *per text. in dict. l. 2.* ibi: *In poteſtate ſi ſint.* & ibi: *Ceterum ſi emancipatis, & poſt alios, tradit Coſta, in dict. cap. ſi pater, pag. 15. cum ſequ. & Rogerius de pupillari, pag. 39. colum. 2.* Qua ratione mater filio pupillariter ſubſtituere non poteſt, quoniam patria poteſtate caret, *Bartol. dict. leg. 2. ff. de vulg. num. 7. Socinus, num. 7. & Bello. in princip. Inſtitu. de pupill. num. 11. Rogerius etiam in eodem titul. de pupilla. pag. 39. num. 2. Gulielm. item in titulo de pupillari, in cap. Raynutius, nume. 33. de teſtament. & Coſta, in d. cap. ſi pater, de teſtament. in 6. pag. 15. colum. 2. num. 3.* & nihilominus, ſi patria illa poteſtas ſuperueniat, pupillaris ſubſtitutio a principio inutilis conualeſcit. Nil mirum ergo ſi & in caſu propoſito concedendum ſit, nominationem in gratiam filiæ factam, ex iure ſuperueniẽte matri per mortem filii prius nominati conualeſcere. Semper enim & vbique actus nulliter geſtus, conualeſcit, ſi cauſſa annullans ceſſat, vt notabiliter tradit Crotus, *in leg. frater a fratre, ff. de condictio. indeb. num. 9.* reſoluens, ſemota patris poteſtate, inter patrem & filiam ciuilem obligationem oriri, & *num. 70.* ſimiliter probat, donationem paternam ceſſante patria poteſtate, conualeſcere, & *num. 117.* vtiliter etiam reſoluit, ſoluta patria poteſtate, bonorum aduentitiorum alienationem conualeſcere, quia, inquit, ceſſat fauor patris illam impediens. Conualidabitur ergo hæc matris nominatio, quam fauor filii nominati impediebat.

23 Concurrunt etiam † alia multa, ab inſtituto non aliena, quæ adducit Tiraq. *in l. ſi vnquam, C. de reuoc. donation. verbo liberos, a num. 137. & verbo, reuertatur, num. 307.* in illa notabili quæſtione, an conualeſcat donatio per mortem filii, cuius natiuitate illa fuit reuocata, de qua etiam agit Bonus de Curtil. *in libr. de nobilit. 4. part. num. 42. Iaſon in l. ſi mater. C. de inoffic. teſtament. num. 4. Ripa dict. l. ſi vnquam. quæſt. 38. Rebuzanus, conſil. 25. nu. 24. cum ſeq.* Inducitur etiam pro hac parte, quod vtiliter reſoluit Alexan. *lib. 5. conſ. 1. num. 38.* vbi tradit conceſſionem emphyteuticam ab eo factam, qui dominus non erat, conualeſcere, ſi contingat, eum ex poſt facto dominum fieri. Induco ad id bonum text. *in l. 1. ff. de except. rei vendita,* ibi: *Marcellus ſcribit, ſi alienum fundum vendideris, & tuum poſtea factum petas, te exceptione recte repellendum. Sed & ſi dominus fundi, heres venditoris exſtitit, idẽ erit dicendum.* Cuius text. ad id meminit Pinell. *in l. 1. 3. part. nume. 82.* & Soarez, *in l. quoniam in prioribus, C. de inoffi. teſtam. fol. 17. col. 3.* & eſt text. *in l. fin. ff. eodem tit.* ibi: *Pars ratione venditoris etiam ſucceſſoribus nocebit, ſiue in vniuerſum ius, ſiue in eam dumtaxat rem ſucceſſe-*

cesse...r, tex. ẽt *in l. Venditrici, C. de reb. alie. non alie. 2. respon*[illegible] per q̃ iura notabiliter Afflict. *in cap. si facta, si de feudo fuer. controuers. inter dom. & agnat. numer. 17.* resoluit dispositionem *l. quoties, Cod. de rei vindicat.* procedere, in eo, qui emit a nõ domino, si modo illi ius superueniat, & tradita sit possessio: nam eo ipso, quod venditori ius superuenit, emtori fuit acquisitum per conualescentiam, qui ante infirmũ ius habebat, quod, vt indubitatũ probat Couarr. *lib. 2. resolutio. cap. 19. ante nu. 8.* Quo argumento idem est, in proposita hypothesi, dicendum, scilicet, nominationem a matre in gratiam filiæ factam, simul ac filio illa heres exstitit, confirmatam esse, & cõsequenter amplius illam, de ea re emphyteutica disponere nõ posse. Porro concessionem emphyteuticam, seu feudalem a non dño factam ex iure superueniente confirmari resoluit Parisius, *lib. 1. consil. 1. nu. 104.* vbi notabiliter inquit, ius superueniens auctori meo, mihi prodesse per *l. cum vir, ff. de vsucapio. & per l. rem alienam, ff. de pign. actio.* & allegat, *cap. 1. de alienat. feud. pater,* faciunt quæ tradit Boerius, *quæstion. 23. a n. 13. Aymon, in q. post tract. de antiq. tempor.* Quibus addo, concessionem de re aliena factam a principio esse ipso iure nullam, vt omnes probant, *in c. 1. de inuestit. de re alien. fact.* & nihilominus ex iure superueniente confirmatur. Quare, & si cõcedamus, nominationem hanc, nullam fuisse, negare tamen nõ possumus, illius confirmationem ex iure superuenientc: ac proinde eius caussam superiorem esse, & nepotis asserentis se nominatum censeri, inferiorem, & a filia exceptione submoueri. Induco ad id text. notabilem *in l. si a Titio, ff. de exceptio. rei vend.* Vbi Titius fundum alienum, qui erat Sempronii, vẽdidit Antonio, eiq; rem tradidit: postea Titius venditor Sempronii, cuius rem vendiderat, heres exstitit. Idem Titius postea eundem fundum Mæuio vendidit, & tradidit. Fuit coosultus Pomponius, cuius caussa foret potior, an Antonii primi emtoris, an vero Mæuii secundi, emtoris? Et respondit priorem emtorem tuendum fore, a quo nec ipse venditor fundum euincere posset. Audi modo Iurecõsultum. *Si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat, isque traditus tibi fuerit, pretio autem soluto Titius Sempronio, heres exstiterit, & eundem fundum Mæuio vendiderit & tradiderit, Iulianus ait æquius esse priorem te tueri, quia & si ipse Titius fundum a te peteret exceptione submoueretur, & si ipse Titius eum possideret, publiciana peteres.* Sic etiã in proposito, mater ad emphyteusin alienam quę erat filii, nominauit filiam: deinde filii, cuius emphyteusin alienauerat, heres exstitit: demũ hæc eadem mater nepotem ex altera filia nominauit, & sic in eum emphyteusin alienauit, ac transtulit vt præmisimus in facto. Quare quemadmodũ ibi Iulianus ait, æquius esse priorem emtorem, in quem fundus alienatus est, tueri: ita & in hoc casu æquius est filiam prius nominatam tueri, non vero nepotem secundo loco nominatum, cũ a filia nominata, ex iure successionis, morte filiĩ superueniente, mater emphyteusin euincere non posset, atq; exceptione submoueretur, & si ipsa possideret emphyteusin, ab ea filia nominata emphyteusin petere posset.

24 Hinc † ẽt Rebuf. *lib. nominatio. q. 17. pag. 229. vers. secundo,* notabiliter resoluit, beneficii collationem, ante deuolutionem factam, per deuolutionem subsecutam cõualescere, quia res peruenit ad casum, a quo incipere potuit. Quo argumento laico collatio facta, per superuenientem Clericatum cõualescit. *Quintilian. Mandosius, in regula Cancell. 24. q. 4. nu. 3. & 4.* Sic etiã collatio beneficii spreto patrono facta, ex superueniente pręsentatione cõfirmatur. *Vt tradit Mandos. in regula 34. q. 18. n. 3.* Et si verũ sit a principio sic factã collationẽ non tenere, *vt habetur in c. decernimus 16. q. 7. ibi. ipso iure irritatur, tradit Rochus, in tract. de iure patro. verbo. Honorificum in prin. & Cassadorus eod. lib. parte 6. q. 13. Ioannes Nicolaus in tract. iuris patro. & pensio. pag. 117. & 152. Rota antiqua 528. & noua. 307.* tradit etiam Boer. *consil. 33. col. 1. & 2.* asserens secundum cõmunem scribentium resolutionẽ, beneficii collationem, omissa patroni pęsentatione ipso iure nullã esse. Concordat Ignens *in l. necessarios §. nõ alias, ff. ad Syllam. n. 395. & Corras. libr. de Sacerdotio, c. fin. nu. 23. Thomas Grammaticus consi. 32. a num. 3. Turzanius, libr. opinio. commun. conclus. 12.* & nihilominus conualescit, per superuenientem pręsentationem, aut cõsensum patroni, *vt d. l. loco Mãdosius probat, & Corras. d. c. fi. & Mandos. d. regul. 34. q. 18. nu 3.* concordat Rota, antiqua, 5 : 8. & Ioannes Nicolaus *in suo Enchiridio beneficiorum, tit. de beneficio. permutat. cap. 7. n. 15.*

Accedit † in confirmationem, quod de hypotheca rei alienæ resoluit Neguzantius *lib. de pig. 3. membr. 8. partis, nu. 13.* firmans, quod quamuis illa a principio sit ipso iure nulla, ex iure tamen superueniente, si forte debitor fiat dominus, conualescit, vt Iurecõsulto placuit, *in l. antepen. ff. de pign. action.* esse autem nullam a principio constat, ex *l. 1. § 1. & ibi gloss. & Bartolo. ff. de pign. & in l. rem alienam. ff. de pign. actio. notant omnes, in l. si. C. de reb. alien. non alien. Salycet. & alii, in l. cum res. C. si aliena res pig no. data sit.* vbi est bonus text. *& in l. si fundus, 16. § 1. de pignor. tradit Ripa d. l. 1. ff. de pignor. n. 14. & omnino Menchaca libr. qq. forens. 57. a nu. 7.* Qua ratione videbatur conualescentia ex iure superueniente, deneganda, ex regula, *quod initio, ff. de reg. iur.* Vbi scriptum est, ab initiu nulla tractu temporis non conualescere, *cap. non firmatur, eod. tit. in 6. & vtrobiq; Doctores.* Quæ regula non tantum procedit, rebus sic exstantibus, quia temporis cursus inducere aut tollere obligationem non potest, *vt ibi per Doctores,* verum etiam, quando ecstat caussa impediens, seu annullans, prout videre est, in exemplo tradito a Gigante, *de pension. quæst. 22. n. 16. cum seq.* vbi resoluit, pensionem assignatam alicui, tanquam Clerico, cum non fuerit, per superuenientẽ Clericatũ nõ confirmari. Quemadmodum nec cõualescit acquisitio forẽsis, qui postea factus est ciuis, stante statuto, quod extraneus nõ possit bona aliqua immobilia acquirere, vt in specie cõsuluit Romanus, cuius meminit Decius, *d. l. quod initio, num. 1.* Sic etiã alienatio rei sacræ aut publicæ, a principio nulla non conualescit, & si illa res profana, aut priuata efficiatur, *l. inter stipulantẽ, § sacrum, ff. de verbo. oblig.* Cum aliis cumulatis per Deciũ, & Dynũ, *de regulis, & in l. pen. ff. eod. tit.* Quibus profecto videtur hypothecam a principio nullã minime cõualescere. Etenim pignoris proprium est, quod res pignori data, sit in bonis debitoris. tẽpore quo pignori datur, *l. quæ nondum, § 1. ff. de pign. l. qua pradium, C. si res alien. pigno. data sit. ibi. Nisi quæ obligantur in bonis fuerint.* Alter enim res alienæ, citra domini consensum, obligaretur, cõtra dispositionẽ, *tx. d. l. qua prædiu, in fi.* & cõtra alia iura: & nihilominus ex iure su- 25

perueniente, conualescit, *vt diximus*. Nimirum ergo, si in casu, quem tractamus, fateamur, nominationem in fauorem filiæ factam conualescere ex iure superueniente, per mortem filii prius nominati, cui illa heres exstitit.

25 Nec † admitto eorum sententiam, qui existimãt, prædicta procedere in contractibus onerosis, in quibus, alienam rem cõcedens, aut alienans, de euictione tenetur, *vt tradit Afflict. in c. 1. qui success. tenea. nu. 99.* Quare quemadmodum de euictione eum tenet actio, ita etiam & agentem repellit exceptio, *l. cum a matre, C. de rei vindi.* Quoniam respondeo, omnia suprascripta, etiam in mera donatione obtinere, cũ certi iuris sit, rei alienæ donationem factam de re aliena, per ius superueniens donanti confirmari, vt probat tex. *in l. mulier, §. penult. ff. de cond. instit.* ibi. *quamuis si manumiserit, nihil agat, libertas tamen aditione hereditatis conualescit.* Et ibi glossa & omnes notant, hoc generale esse, in qualibet donatione rei alienæ, probat gloss. *in l. constante, C. de dona.* communem dicit Gomez. *titu. de donatio. n. 35. col. penul. vers. secunda differentia.*

26 Caue † tamẽ, quia in contrariũ, est tex. notabilis, *in l. si seruo, 20 ff. qui, & a quib.* vbi respondit Iureconsultus Modestinus, donationem libertatis, a nõ domino factam, quamuis is, qui donauit, heres vero domino exstiterit, non conualescere, text. In hæc verba. *Si seruo alieno libertas non consentiente domino, data est, valere ex auctoritate iuris non potest, quamuis postea manumissor domino heres exstiterit. Nam licet ei iure cognationis, ille qui manumisit, heres exstiterit non ideo aditione hereditatis libertatis datio confirmatur.* Quocirca, si ab eo seruus a principio inutiliter manumissus, libertatẽ petat, audiri nõ debet, vt ibi Doctores cõmuniter probant, concedentes tamen eidem exceptionem, si forte ille, in quasi possessione libertatis sit, & manumissor illam velit in seruitutem redigere, vt obseruauit glossa communiter recepta, *in l. mulier, §. pen. ff. de condit. Inst. glossa etiam & Doctores in d. l. si seruo gloss. etiam in l. Vindicantem ff. de euictio.* firmat Bartol. *in l. rem alienam, ff. de pign. actio. col. fi. vers. secundo oppono.* quod ita etiam resoluit Alexandri additio, *lib. 5. consil. 1. nume. 38. Ripa, in responsis, titu. de donatio. & ad Trebell. responso. 6. numer. 2. fol. 82. per tex. in l. illicite, ff. de reb. eorum.* vbi Ripa ante *n. 10. cum seq.* latius firmat, hoc maxime procedere, quando donans promisit, nunquam contrauenire, quod voluit Bald. *in cap. si quis, quo temp. mil. nu. 6.* vbi loquitur, de inuestitura, facta durante adhuc prima, & dicit illam exstincta prima cõualescere. Sequitur ibidem Præpositus, nolt Iacob. de Belloniso, tradit Afflict. *in cap. 1. qui success. teneantur, nu. 102. Aymon, in quæstione impressa. post librum de antiq. temp. fol. 193. numer. 12. cum seq. & Pinellus in l. 1. C. de bonis mater. 3. parte. nu. 83.* qui omnes exceptionem duntaxat seruo concedunt, non actionem, sic intelligentes text. illum *in d. l. si seruo.* Quare non recte Curtius Iunior, *in l. filius paciscendo, C. de pactis*, illius text. argumento insurgit contra communem, quæ habet, filium, qui alienauit bona paterna mortuo patre, illa repetere non posse, quoniam vt prædiximus, in casu *dict. l. si seruo*, solum conceditur exceptio non actio.

27 Potest † autẽ huius traditionis ea ratio esse, quia secundum iuris regulas facilius conceditur retẽtio, quam actio, vt habetur *in l. 1. & per tot. ff. de condi. indeb. l. patre furioso, ff. de his, qui sunt sui vel alie. iur. l. pluribus, ff. de verb. oblig. Afflictus in cap. 1. §. mutus, numer. 6. Episcop. vel Abbatem, Ludou. Gomez, in regul. de trien. possesso. q. 10. pag. 714. in fin* & est bonus textus, *in l. 1. in fin. princip. ff. de pign. actio* & ita necessario intelligenda est gloss. *in l. si quis alienam, ff. de action. emti.* firmans per *d. l. si seruo*, donationem factam de re aliena, ex iure superueniente non cõfirmari. Debet n. cum cõmuni intelligi, quoad effectum agendi, non vero excipiendi. Nam si donatarius in possessione rei sit donatæ, agentem donantem exceptione repellere recte potest, propter ius superueniens, quod illi in donationibus exceptionem præstat, licet non concedat agendi potestatem, *per supra scripta.*

Ex † quibus si in casu propositæ quæstionis filia secundo loco nominata emphyteusis possessionem fuit consecuta, vtique exceptione matrem, & alium ab ea causam habentem, submouere poterit, ex auctoritate glossæ, *d. l. si seruo. ff. qui & a quibus*, cõmuniter receptæ, quæ resolutio, vt euidẽtius appareat, nonnulla hic pro eius vero sensu, libuit subiicere. 26
Et aduerto Iureconsultum *in d. l. si seruo*, manifeste docere, donationem etiam libertatis a non dño factam iure nõ subsistere. Nã quemadmodũ cuiusq; rei donatio, a non domino facta, irrita & inanis cẽsetur, vt obseruauit glossa, *in l. si quis alienam ff. de actio emtio.* & probat Ludo. Gomezius *in §. omnium, Inst. de actio.* vbi Benincasius *n. n. 162.* Ita neq; datio libertatis, ab eo pstita tenet, qui serui dominus non est, *vt d. leg. si seruo & Imperator in l. si non proprietatem, 4. in fin. C. de his, qui a non domin. Nemo enim alienum seruum, quamuis vt proprium manumittat, ad libertatem perducere potest.* Quamobrem, quia, quod initio nullũ est, tractatu temporis non cõualescit, *vt in reg. quod initio de reg. iur.* optime Iureconsultus respondit *in d. l. si seruo*, ex iure superueniente libertatis donationem non confirmari, quamuis manumissor vero dño heres exsistat. Quam conualescentiam etiam in donatione rei particularis negat gloss. *d. l. si quis alienam.* Eadem ratione & argumẽto, nulla est a principio. Nec mirum, quoniam & in hypotheca, hoc idem plane Imperator docet, obseruandum fore, si contingat rem alienam hypothecari, vt probatur, *in l. cum res, C. si aliena res pigno. data sit.* ibi. *Cum res, quæ necdum in bonis debitoris est, pignori data ab eo, postea in bonis eius esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere, manifestum est.* Eaq; ratio est, quia rei alienæ hypotheca a principio nullius est momenti: quare conualescere ex iure superueniente non potest, *ex reg. quod initio.*

Et † probat per locũ ab speciali tex. ille singularis, 29
in l. si fundus, 16. §. alienā, ff. de pignor. vbi Iureconsultus, validam esse hypothecam rei alienæ, probat, si modo debitor illam hypothecauit, in euentum, seu tẽpus, quo sua erit. Paria n. sunt, quid fieri tempore habili, vel ferri in tempus habile, *l. in tempus, ff. de hered. instit.* Quare sub ea conditione, *Si mea res illa erit*, vel, cum mea erit, hypothecare recte possum, vt ea l. probatur, & *in l. 7. §. fi. ff. qui potior es, & l. potior post princip. eod. tit. Ripa in l. 1. ff. de pign. nu. 1. Donellus de pign. pag. 180. & facit bonus text. in l. si rem meam, ff. de verbo. oblig.* vbi rem meam stipulari possum, cũ mea esse desierit. Nil mirum ergo, si cũ mea erit, rem alienam similiter promittã, aut hypothecæ submittam, quemadmodũ in genere possum omnia bona

futura,

futura, l. Paulus §. fin. & l. pen. §. fi. ff. de pignorib. Videor enim ea obligare, in tempus, quo mea erũt, vel si mea erunt. Aliter enim pure obligare bona, quæ mea non sunt, non possum. per iura prædicta, & explicat Donellus, in tract. de pignorib. pag. 172. & pag. 180. ad fin. cum seq. addens hac ratione defendi posse, quod scribitur, in l. quæ nondum, ff. de pigno. Vbi fructus pendentes, fœtus pecorũ, & ea, quæ adhuc nata, & in rerum natura non sunt, obligari possunt: qa in his dandis, aut obligandis incerta inest dies, cum nata, & in rerum natura fuerint, l. interdum, ff. de verbo. obligatio. quæ quidem dies, cum sit incerta, sine dubio conditionem importat. Qua etiam ratione, res debita obligari recte potest, l. 1. in princip. ff. de pign. l. 3. §. 1. ff. qui potiores. Ex quibus sane plane deducitur, plurimũ differre rem aliquam pure aut cõditionaliter obligari, cum erit debitoris. Primo n. casu inutilis omnino obligatio est: secũdo vero firma, vires assumtura conditione adimpleta, & sic quando res erit debitoris. Cuius contrarium obtinet, in pura rei alienæ obligatione, quæ cũ sit a principio nulla: ex iure superueniente non cõfirmatur. Vt in dictis iuribus probatur. Vides itaque Lector optime plane confirmatum, donationem etiam libertatis rei alienæ, seu manumissionem adeo nullã esse, vt ex iure superueniente, minime cõfirmetur, aut conualescat, ex reg. l. quod initio, & dicta leg. si seruo.

30 At † quia in contrarium plura exsistunt, Iurecõsultorum responsa, glos. mag. d. l. si seruo. imprimis arguit ex l. mulier, 20. §. 1. ff. de cond. inst. vbi heres ante aditã hereditatem, seruum hereditarium manumisit, & sic eo tempore, quo adhuc serui dominus nõ erat: verum, quia postea adiuit hereditatem, Labeo ait, libertatis dationem conualescere. Sic etiam, inquit glos. pignoris constitutio ab eo, qui dominus non erat, conualescit, si ille dominus esse incipiat, vt Paulus probat, in l. rem alienam, 4. ff. de pigno. actio. concordat Vlpianus, in l. sed Iulianus. alias incip. item si filius familias, § sed & si filiusfam. §. 1. ff. ad Macedon. Vbi bona patris, filius hypothecauit, viuo adhuc patre, quo mortuo, filio heredi exsistenti, repetere bona sic hypothecata volenti I. C. actionem negat: conualescit enim intempestiua hypotheca per ius superueniens, ex regula prædicta, quia res peruenit ad casum, vnde potuit incipere. Audi modo Iureconsult. Vlpianum. Sed & si filiusfamilias patre suo relegato, vel longo tempore absente, dotem pro filia promiserit, & rem patris pignori dederit, Senatusconsultum quidem cessabit, patris tamen res non tenebatur, plane si patri heres exstiterit filiusfamilias, & pignus prosequatur, exceptione doli submouebitur. Quod etiam Iureconsul. in l. cum vir, 42. ff. de vsucapio. vtiliter probat, in marito rem dotalem, alienante, qui licet nihil egerit, ex tex. ibi & in prin. Instit. quib. alien. licet, nihilominus tamẽ, si ille vxori heres fiat, alienatio cõualescit. Idemq; est, obseruandum in eo, qui rem furtiuã vendidit. Cum vir, (inquit Papinianus) prædium dotale vendiderit, sciens, vel ignorans, rem dotis esse, venditio non valet, quam defuncta postea muliere in matrimonio confirmari conuenit, si tota dos lucro mariti cessit. Idem iuris est, cum is, qui rem furtiuam, vendiderit, postea domino heres exstiterit. Sic etiam filius familias, qui viuo patre pecunias mutuo acceptas soluit, cõtra Macedonianum, mortuo patre agere non põt, nec pecuniam nulliter solutã repetere. Quibus sane iuribus, vt in d. l. si seruo. glo. adnotauit, plane ꝓbatur, nulliter a principio gesta, ex iure superueniente cõfirmari. Quapropter videtur in discrimen adduci dispositio d. l. si seruo, & in d. l. cum res, C. si alien. res pignor. data sit. Quare Accursius animaduertens hanc difficultatem, respondit ex iuribus supracitatis, a principio nulliter contracta, ex iure supueniente, nõ confirmari, quoad effectum producendæ actionis, quæ ex tali conualescentia, seu confirmatione, cõcedi non potest. Cetera vero iura, quæ cõtrarium probare videntur, intelligenda fore censet glossa, quoad effectum producendæ exceptionis, per quam submoueri agens potest. Quę traditio cõmunis est, & ꝓculdubio, ex verbis dictorũ iurium deducitur, vt colligitur ex d. l. cum res, ibi. Ordinariam actionem super pignore non competere, manifestum est, sed tamen æquitatem facere, vt facile vtilis persecutio, exemplo pignoratitia daretur. Ordinariam actionem nostri interpretes appellant directã, vt interpretatur Otom. de verbis iuris, verbo ordina. & Alciat. in l. pupillus 239. §. Munus, ff. de verb. sig. q̃ ibi negat Imperator, etiam si ius hypothecanti superueniat: concedit tamen vtilem ex æquitate, vt ibi omnes probant.

Hoc † tamen intelligendũ est, dummodo creditor rem alienam esse ignorauerit: nam si sciuit, neq; vtilis actio illi erit concedenda. vt ibi per Baldum, & alios, & per Ripam in l. 1. ff. de pign. num. 19. Donel. libr. de pigno pag. 182. Negusantius eod. lib. 3. membro. 2. parte nu. 55. vbi post Barto. eam rationem reddit, quia qñ creditor sciuit, rem obligatam, alienam esse, debitor fraudem nullam fecit, quapropter contraria pignoratitia non tenetur ad interesse, cum res reperitur, aliena esse, l. tutor. §. contrarium, ff. de pignor. action. Quocirca neq; aliam rem æque bonam præstare tenebitur, l. si Titio 22. ff. de pign. Cremens. singul. 54. Et propterea, quia debitoris non interest, hypothecam cõfirmari ex superueniente dominio, quia obligatus ad interesse non est, cessat pignoris conualescentia: & confirmatio etiam, ad effectum vtilis actionis concedendæ, quæ tunc demum locũ habet, quando creditor ignorauit rem alienam esse, quo casu ad interesse, vel saltem similem præstare tenetur, quia creditorem decepit, rem alienam illi ignoranti obligans, ob quam quidem obligationẽ vitãdam concedenda est vtilis illa actio pignoratitia, ex iure superueniente. Et hoc sane est, quod in d. l. cum res, Imperator, significare voluit, ibi. Exemplo pignoratitia daretur. quibus verbis se videtur restrinxisse ad casum d. l. tutor. Vt quemadmodum ibi ignoranti solum conceditur illa actio contraria: ita & in ea lege, cum res, detur actio vtilis. Quod insinuare Papinianus videtur, in l. 1. ff. de pignor. ibi. In speciem autem, aliena res collata cõuentione, hoc est, cum res aliena specialiter pignori data est. Si non fuerit ei, qui pignus dabat debita, postea debitori dominio quæsito, difficilius creditori, qui non ignorauit alienam, vtilis actio dabitur, sed facilior erit creditori possidenti retentio. Quibus verbis, si recte expendas, Iureconsultus vtrumq; casum complectitur. Inquit enim, creditori scienti rem esse alienam, difficilius vtilẽ actionem dari: ignoranti aũt cõpetere, vtilem. Nam qui scienti difficilius actionẽ tribui cõcedit, sine dubio admittit, creditori ignoranti eam minime negari posse, facile quidẽ, sed scienti difficilius, cui nullo modo cõpetere intellexit. Refragabitur tamẽ studiosus Lector 31

Papinianum, contrariũ voluiſſe, ſcil. ignoranti faciliter vtilem actionem concedi, ſcienti vero, pariter non negari, ſed cum difficultate: quaſi in ea ſpecie videantur magis lædi regulæ ordinariæ & iuris præcepta quoniam ſcienti nulla dicitur facta fraus, quare nulla iuris æquitas ſuadet, illi per vtilem actionem fore conſulendum. Et proinde, & ſi cum difficultate id fiat, nihilominus Iureconſ. admittere videatur, concedendam fore vtilem actionem. quia res peruenit, ad caſum, vnde incipere potuit. Quod quidem prima facie eo loco Papinianus reſpondiſſe videtur, & Imperator *d. l. cum res*: quam nusquam diſtincte vtilem actionem tribuit, ex hoc iure, ſuperueniente, nulla prorſus ſcientiæ aut ignorantiæ facta mentione. Sed nihilominus contrarium eſt imo, quod Papinianus *in d. l. 1.* ſubtiliter admodum docuit, ignoranti cõcedendam eſſe vtilem actionem ſcienti vero creditori negandam. Nec aliud ſermo Papiniani in ea l. 1. indicat, quo etiam ipſe Vlpianus frequenter vtebatur, qui cum volebat, negare, quid poſſe fieri aut concedi, difficilius concedi poſſe dicebat. vt eſt videre, *in l. nonnunquam, ff. de collat. bono.* vbi cum voluit poſt annum admiſſionem cautionis negare, reſpondit, *Voluntariam morã cautionis admittere difficilius eſſe.* Quare *in d. l. 1. ff. de pignor.* idem voluiſſe Iureconſultum, exiſtimandum eſt, dum ſubdit, *difficilius creditori vtilis actio dabitur*, id eſt, *creditori ſcienti actio vtilis denegabitur.* quam interpretationem nouiſſime fuit aſſecutus Hugo Donellus, *lib. de pignor. pagin. 183.* vbi addit, nonnũquam Iureconſultos in dubiis opinionibus trepide ſuam ſententiam ferre conſueuiſſe, vt qui ſi contrarium ſentiret, in medio proferret, quod in multis locis obſeruatum fuiſſe agnouit Duarenus, *lib. 2. anniuerſaria. quæſtio. cap. 11.* Et hoc eſt, quod ſcribitur, *in §. reſponſa Inſtit. de iure natur.* alia reſponſa continere ſententiam perfectam & indubitatam, alia vero ſolã opinionem. Ex quibus cum Donello defendi facile poteſt, Papinianum, *in d. l. 1. ff. de pig.* creditori ſcienti rem alienam eſſe, vtilem actionem denegare, quod Donellus defendere conatur, nonnullis coloratis magis, quam vrgentibus rationibus.

32 Ego † vero intelligo, contrariũ facilimo negotio defendi poſſe, imo Papinianũ *in d. l. 1. de pig.* ſcienti, quam ignoranti creditori cõpetere vtilem actionem reſpondiſſe: Huic quidem facile, propterea quia illi cõmiſſa fraus fuit, illi vero maiori cum difficultate, quia ſcienti, neque fit dolus, neque fraus vlla. Quod verum eſſe mihi perſuadent, verba illa, *Sed facilior erit creditori poſſidenti retentio.* Vbi Papinianus plane præſupponit, non poſſidenti concedendam eſſe actionem, non tam facile tamen, quia facilius datur retentio, quam actio. *l. reſt. ff. de compenſatio cũ vulga.* Neq; admittere cõſueui argumentum factum ex *l. nonnunquam, ff. de colla. bono.* quia in illo ipſo ex verbis præcedentib. plane conſtabat, Papinianum intellexiſſe, cautionem infra annum eſſe præſtãdam, & propterea nil mirum, ſi illa verba ſequentia ex abundanti prolata ſuperiorem declarent ſententiam, nec immutent, quod *in d. l. 1. ff. de pign.* non contingit. Quocirca non decet illa verba *l. 1.* extra proprium ſenſum interpretari. Nec mouere etiam poteſt, tex. *in d. l. cum res, C. ſi alie. res pigno data ſit.* quoniam ſi bene cõſideres, Imperator ibi exemplo pignoratitiæ hoc caſu, ex iure ſuperueniente vtilem actionẽ cõceſſit: quemadmodũ in illa pignoratitia, cõcedit vtilis cõtraria, ſi res aliena ignoranti pignori detur. Vt habetur *in l. tutor. §. 1. ff. de pign. act.* Æquitas n. in vtroq; caſu ſuadet *in d. l. tutor*, in qua æquitas id ſuggerit, ante q̃ ius ſuperueniat: ſed qua ſlante ſcientia rei alienæ, eadẽ æquitas abeſt, illa actio ſcienti negatur. At vero *in d. l. cum res.* q̃uis adſit ſcientia, vrget æquitas ex iure ſuperueniente, eo q. res ad caſũ peruenit, a quo potuit incipere. Ideoq; q̃uis debitor ſciuerit, rem alienam eſſe, & audiri non debuerit, agens cõtraria pignoratitia nihilominus audiendus eſt, dominio penes debitorem inuento: ea ratione, & æquitate hortatur. Siquidem ſciens creditor, rem eſſe alienam, maiore ergo debitorem fuit vſus liberalitate, q̃ ſi fuiſſet ignorãs. Rationi igitur cõſentaneum eſt, debitori iure ſuperueniente, vtilem actionem creditori dari, ne quo modo tanta liberalitas illi noceat, & debitori proſit, & in hoc ulterior creditoris exiſtat conditio, ſcientis, quam ignorantis, qui nulla prorſus liberalitate vſus fuit: & hoc eſt, quod P. pinianus, *in d. l. 1. ff. de pign. an ſi*, inquit, ſcienti, creditori concedendam eſſe retentionem, quam ſane negaſſet, niſi æquitas, contrarium ſuaſiſſet, *vt vbi tam obſeruauit Ripa, n. 19.*

Denique † pro hac ſententia, inducere ſoleo tex. *in l. 1. & alter. ã. 4. ff. de pign. actio.* de cuius ſenſu & intellectu agit Duarenus, *lib. 2. diſputat. cap. 4.* Iureconſ. autem in hæc verba, *Rem alienam pignori dediſti, deinde dominus rei eius eſſe cœpiſti, datur vtilis actio pignoratitia creditori.* Ecce quam plane Iureconſ. docet, ex iure ſuperueniente, nulla prorſus adhibita diſtinctione ſcientiæ, aut ignorantiæ, creditori vtilem actionem concedendam eſſe. Caur tamen quia tex. ille ad finem, contrarium videtur probare, negans omnino hanc vtilem actionem, creditori rem eſſe alienam ſcienti, dum ſubiicit, *Nec vtique ſufficit ad competendam vtilem pignoratitiam actionem, eundem eſſe dominum, qui etiam pecuniam debet, ſed ſi conuenimus de pignore, vt ex ſuo mendacio arguatur, improbe reſiſtit, quominus vtilis actio moueat.* Quib. verbis Iureconſ. declarat, quod in principio dixerat, vtilem creditori actionem dari, ſi vt ſolum procedat, ſi debitor de mendacio, argui poteſt: quod contingit, quando creditor, rem eſſe alienam ignorauit. Quoniam ſcienti neque dolum, neq; fraudem fieri dici poteſt: quare nulla ei de mendacio querimonia ſupereſt. Et ita text. ille perpenſus, vt ego opinor, eſt melior, quam ſit in iure, pro communi ſententia, q̃ ſcienti creditori, vtilem actionem negat, a qua non credimus fore recedendum, in conſulendo, & iudicando: Et ſi intelligam, reſponderi poſſe, illum tex. procedere attento iuris rigore, non de æquitate, ſecundum quam illa actio concedenda videtur, *per ſupraſcripta*, vel etiam & ſecundo, illum textum hoc probare, per argumentum a contrario ſenſu, quod negari facile poteſt, cum contrarium probet Papinianus, *in d. l. 1. ff. de pign.*

Verum † Papinianus ait, *in d. l. 1. de pign.* creditori retentionem concedendam eſſe, comprobari poteſt *ex l. 2. §. item quæritur. ff. de dolo exceptio.* In contrarium tamen nimis vrget, Modeſtini reſponſum, *in l. cum vitioſe 25. ff. de pignorib.* vbi Modeſtinus Iureconſultus, *Cum vitioſe*, inquit, *vel inutiliter, cõtractum pignoris intercedat, retentionis locus nõ eſt, nec ſi bona creditoris ad fiſcum pertineant.* At in caſu noſtro negari nõ poteſt, vitioſe & inutiliter pignus cõtractum fuiſſe, cũ creditor ſciuit, rem alienam pignori datam 34

datam

datam esse: Quapropter retentio neganda erat *per d.l.cum vitiose.* contra *d.l.1.in fi.ff.de pig.* Quare ibi Bartol.agnoscens hanc difficultatem, responder, *d.l.cum vitiose*, intelligendam fore, quando vitium non fuit purgatum, hoc est, qñ dominium, non superuenit debitori, quemadmodum superuenit, *in d.l.1.ff.de pigno.* quem sane sensum Hug. Donellus, *in lib.de pigno pag. 188.* fere irridens, improbat, quia per hoc dispositio *d.l.cum vitiose*, omni prorsus dubitandi ratione caret. Quocirca non tam facile eredendũ est, Modestinum illud responso protulisse. Ideoq; Donellus intelligit, illum text. *in d.l.cum vitiose*, quoniam pignus, simul vitiose, & inutiliter fuit constitutum, puta quia res sacra, aut alias in cõmercium deduci prohibita. Hic n. quamuis ex post facto, debitoris efficiatur, retineri non potest, vt ibidem ẽt aduertit, Donellus *pag.179.* Quod etiam intelligit obseruandum, si pignus constituatur ei, cui nihil p[l]us debebitur. Sed non aduertit vir ingeniosus, Modestinum in illa l.alternatiue loquutum fuisse, siue pignus vitiose, siue etiam inutiliter contrahatur: & negare nemo põt, inutiliter pignus cõtractũ esse, vbi res aliena pignori data est, imo & vitiose, si adfuit creditoris sciẽtia, quod res erat aliena. Quamobrem verius est, illum textũ intelligendum fore de omni pignore inutiliter dato. Quod autem Donellus ait, ibi esse casum contra Barto. indubitabilem, potius admirtendum arbitramur, quam tam longe a veritate deflectere, vt ille fecit. Quinimo dubitare licuit, *an etiam re integra, id est, iure nondum superueniente possit debitor pignus repetere, a creditore, cui fuerat datum?* Et videbatur prima facie dicendũ, quod nõ: siquidem debitor illud repetens, suã turpitudinem detegeret, atq; proinde a iudicio repellendus erat, & quamuis creditor eodem morbo laboret, melior eius erat conditio possessoris. Ceterum si dñs pignoris ageret, vtiq; dubitare licuit, an esset creditori concedenda retentio, donec prius ageret, contra debitorem, cui forsan, rem illam cõmodauerat, vt pignori daret, *argu.not in l.age cum Geminiano. C.de transact.* Et ita interpretatus ille tex. superuacaneus non est. Sed dubitabilis.

35 Vlterius † quod Iureconsf.ait, *in d.l.rem alienã*, vtilẽ actionem negandam fore, qñ res aliena fuit pignori data, quamuis cõtingat rei dñm heredẽ existere, debitori, ex eo, q a ipse non est, qui pignus cõstituit, & de cuius mendacio conqueri creditor potest, sine difficultate nõ transit. Inest n. inter hos casus magna similitudo, affinitas & cognatio. Nam quemadmodum debitor effectus dñs debet vtilem actionem pati, etiam dñs rei effectus idem debitor, per aditionem hereditatis, illã debet sustinere, cum neque defuncti factum possit improbare, *ex traditis in l.cũ a matre. C.de rei vindi.* Quod maxime in casu proposito obseruari debet, in quo debitoris heres contraria pignoratitia obligari potest: quam vtetiam pignoratitiam potius sustinere: quemadmodum & ipse debitor defunctus debuisset, si rei dominus factus fuisset, *l.qui in ius. ff. de reg.iur.* Ex quibus defendi potest, contrarium esse resoluendum, imo in heredes dari huiusmodi vtilem actionem, quemadmodum in defunctum, si dñs factus fuisset, per tex. qui hanc probat sententiam, *in l.si Titio.22. ff.de pig.* vbi Iureconsf. in hæc verba: *Si Titio, qui rem meam ignorante me creditori meo obligauit, heres exstitero, ex post facto pignus directo quidem non conualescit, sed vtilis pignoratitia dabitur creditori.* Quod responsum vt vides repugnat dispositioni, *d.l. rem alienam, ff de pignor.act.* Ceterum, Accurs. *in d.l.si Titio*, pressus rei difficultate, plures solutiones reddit, & improbat, & tandem respondet, ibi non concedi vtilem in rẽ, sed tñ pignoratitiam contrariam, qua agitur ad interesse, vel vt simile pignus debitor pstet, quod cõprobat Donel. *li.de pig.pag.190.ad fi cum seq.* & est probabilis sensus si consideres, *in d.l.rem alien.* Iureconsf. simpliciter negare actionem etiã vtilem: quod ex fine illius responsi colligitur, quatenus dicit heredem de mendacio cõuinci non posse, ac proinde nec vtili obligari. Quamobrem cum *in d.l.si Titio*, pignoratitia cõcedatur, debet intelligi de cõtraria, quoniam alia concedi nequit. Quod vti Donellus ait, videtur significare Iureconsultus, quatenus dixit, pignus directo non conualescere: quo in loco plane innuit, nec vtilem, nec directam actionẽ posse concedi: nam cum vtilis datur actio, omnino fatendum est, directo pignus cõualescere. Nec obstabit lex *cum res. C.si alien.res pignor.data sit*, quia loquitur de directa actione. Differre enim probat, directam actionem conualescere, & pignus directo conualescere: quem sensum post gl. tenuit vtrobique Bart. & est communis secundum Ripam *in d.l.1.ff.de pig.post n.20.* Aliter tñ interpretatur Duaren. *lib.2.disput.c.4.* quem vide, & Aurpachium, *libr.1.Epistolarum, cap.5.* qui intellexit *d.l.rem alienam*, procedere, quando dñs rei ignorantis pignus contractum, legem vero, *si Titio*, quando sciuit, & contradixit, ne obligaretur, quod videtur significasse Iureconsultus, ibi dum subdit, *sine voluntate mea.* Videndus etiam Conanus, *lib.4. commentar.iur.ciuil.cap.13 col.8.*

Ex † quibus vtiliter resoluitur, pignus rei alienæ, inutiliter a principio cõstitutũ ex iure superueniente conualescere, respectu saltẽ vtilis actionis, aduersus debitorẽ intẽtandæ, vel ẽt exceptionis. Retinere n. hoc casu pignus creditor potest, si in eius est possessione, *vt d.l.1. ff.de pigno. & ibi tradit Ripa, numer.21.* & ita est intelligendus Tiraquell. *in legib. Connubia. gl.5. numer 142. & Neguzantium 3.p. 8.part.lib.de pign.n.13.* quatenus simpliciter probat, ex iure superueniente hypothecam cõfirmari. Sed an cõtra tertium possessorem, a debitore caussam habẽtem huiusmodi vtilis actio procedat, tradit Ripa *vt in d.l.1. ff.de pign.num.21.* Quo argumento in casu, quẽ tractamus, necessario concedenda est filiæ a matre nominatæ vtilis actio, vel retentio, ex iure superueniẽte per mortem fratris, quẽ mater prius nominauerat. Verum quia hæc pignoris traditio, respicit contractus onerosos, vltro citroq; obligatorios, quibus omnino nõ assimulatur, emphyteutica nominatio, quæ magis donationi seu simili titulo lucratiuo accedit, & adhæret, ad iura supra citata recurrendum, & inde exquirendũ, an huiusmodi saltem retentionẽ, seu exceptionẽ nominatæ huic filiæ concedant. Et proculdubio reperies, quod sic. Et exstat de hoc Vlpiani responsum, *in l.iuuenis, 31.ff.de liber.causs.* vbi pater filii seruũ viuus manumisit, & quia filius postea patri heres extitit, in seruitutem seruum redigere prohibetur. concordat tex. *in l.si ab eo 7.Cod.eod. tit. & in l. Venditrici. C. de reb. alien. non alienan. l. ex qua persona. ff. de reg. iur.* & habetur *in l.cum a matre. C. de rei vendic. & in l.vindicantem. ff. de euictio.* Probat etiam Iureconsult Labeo, *in l.emuiter 20 §.* 36

1. *ff. de cond. instit.* vbi is, qui seruum alienũ inutiliter manumisit, factus eiusdem serui dñs, per aditionem hereditatis, sic manumissum seruum, in seruitutem petens redigi, non auditur, quoniam seruo data libertas conualescit, & ibi gloss. verbo. *conualescit*, exponit ope exceptionis, si manumittens contra factum suum ire contendat, gloss. *dict. leg. si seruo. 20. ff. qui & a quibus. verbo. confirmatur.* Vbi post longam disputationem resoluit, textum ibi, quatenus negat libertatis confirmationem ex iure superueniente, procedere in confirmatione ipso iure inducta, quam Iureconsultus negat, non vero ope exceptionis, inducenda. Citat Accursius adnotata *in l. 1. ff. de pignor. & in l. si rem alienam, ff. de pignor. actio, cum alijs*, intelligens hac in re quoad effectum concedendi exceptionem, seu retentionem, nullam prorsus esse constituendam differentiam inter contractus lucratiuos, & onerosos, quoniam in omnibus eadem iuris ratio, retentionem concedit, & agentem repellit, contra proprium factum nitentem. Obstat enim illi regula *quod semel, ff. de reg. iur.* sequitur Aymon post lib. *de antiq. temp. n. 13. cum seq.* Quæ omnia recte propositæ hypothesi adaptari possunt, & conuincunt, ex iure superueniente nominationẽ etiam inutiliter factam, saltem quoad exceptionem, & retentionẽ, nominato cõ-
37 cedẽdã, cõualescere. Et si † admittamus huiusmodi nominationem a principio nullam esse ipso iure, ad instar donationis de re aliena factæ, quam nullam esse, a principio voluit glos. *in l si quis alienam. ff. de actio. emt.* in quo tamen animaduerto, glossã perperam fuisse loquutam. Etenim donatio de re aliena facta, mero iure tenet, vt habetur *in l. ædibus, 9. ff. de donat. §. fin. & ibi gloss. & Dd. & in l. Aristo. §. 1. eod. tit.* Aliter stare non posset titulus de vsucapion. pro donato *glo. & Dd. in d. §. fin.* Imo & si concedamus nullã esse a principio, negare nõ possumus cõualescentiã saltẽ quoad effectũ retentionis & exceptionis exẽplo manumissionis, q̃ licet omnino sit nulla, quoad hunc effectũ cõualescit, *vt in d. l. mulier, §. 1. ff. de cond. inst.* ꝓbat tex. *in l. cũ vir, ff. de vsucap.* p quem nos aliquando respõdimus, maritum, qui bona immobilia sine vxoris consensu alienauit, minime audiendũ fore, si vxori heres existat, quod nos latius prosequimur *in nostro lib. quæstionum Forensium*, agentes de l. Regia, *lib. 4. tit. 08. in nouis.*

38 Porro † in nominatione quam tractamus, hæc resolutio multo facilius admittenda est, quoniã, vt Bartol. *in d. l. cum vir, ff. de vsucap.* vtiliter explicat, quando actus a sola agentis voluntate pendet, neq; vllam traditionem exigit, iure superueniente confirmatur, absq; vllo dubio, & difficultate etiam quoad agendum, nedum quoad excipiendum, & retinendum. *sequitur Boerius, q. 23. n. 10.* Sed nominatio emphyteutica, de qua agimus, est huiusmodi, qm̃ a sola emphyteutæ voluntate pẽdet, nec traditionem exigit. *vt diximus in princip. & in §. 1. huius tit.* Qua ratione quamuis concedamus ius superueniens donatori, & similibus, solum tribuere donatario ius retinendi & excipiendi, certe nominato ad emphyteusin, ius agẽdi negare non possumus, ex Bartol. doctrina, *in l. cum vir, ff. de vsucapio. numero. 9 & 11.*

39 Vlterius † quando ius superueniẽs, reducit caussam in pristinũ statum, sine dubio illũ cõfirmat, etiam ad producendæ actionis effectum, *vt adnotauit Bart. in d. l. cum vir, n. 10 ff. de vsucap. Ias. in l. omnia. ff. si cert. pet. a. n. 1. Boerius, q. 23. n. 14. cum seq. Aul. ... in l. pen. in fin. & l. seq. ff. de Castr. pecul. & in l. illicite. ff. de reb. eor. num, tradit Alex. lib. 5. consi. 1. num. 38.* & est bonus casus, *in l. seruum filij. 44. ff. de leg. 1.* vbi pater seruum filij militis, qui castrensis erat peculij, viuo filio inutiliter mihi legauit: deinde filius mortem obiit, nihilque de peculio disposuit, & omnia bona apud patrem remanserũt, inquit, Iureconsultus confirmatum remanere serui legatũ. ibi. *Et si viuo patre mortuus sit filius, & apud patrẽ peculiũ remanserit, consistit legatum.* Et subiicit Paulus rationem, *Cum n. filius iure suo non vtitur, retro creditur pater dominium in seruo peculiari habuisse*, & ibi Iason, *n. 2.* obseruauit, quod legatum de seruo filii, a patre relictum conualescit, quando filius, aute mortem patris decedens de illo non disposuit: qui sane est casus noster, in quo filius nominatus a matre potuit recte de emphyteusi disponere, quod cum non fecerit, necessario respõdẽdum est, interim factam a matre nominationem in gratiam filiæ conualescere, non solum quoad effectum excipiendi, imo & agendi aduersus quemcunq; possessorem, ex Bartoli sententia, *d. l. cum vir, n. 10.* communiter recepta. Reducitur n. is casus ad pristinum statum, quasi filius nunquam fuisset nominatus, cum nominare quempiam desiit, vel ab intestato mortuus est. Suffragatur huic sententiæ, elegans Iureconsulti Vlpiani responsum, *in l. Proponebatur, ff. de Castr. peculio.* vbi si filius familias miles abintestato decedat, peculium castren. remanet penes patrem, quasi ab eo non separatum, & si pater manumittat seruum castrensis peculij, deinde filius viuo patre decedat, ab intestato libertas a patre præstita, ex iure superueniente confirmatur. ibi. *Proponebatur filius familias miles, patre deinde superstite decessisse, Dicebam Castrense peculium filij familias, siquidem testator decessisset, quasi hereditatem deferri, heredi scripto, siue extraneum scripsit heredem, siue patrem, sed cum nihil de peculio dixerit filius, non nunc obuenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur. Denique si seruo filij castrensi libertatem pater adscripserit, moxque filius viuo patre defunctus sit, non impeditur libertas, etsi filius patri superuixerit, impediatur libertas. Unde Marcellus putat necessarium quoque heredem, seruum filij peculiarem patri existere posse, si filio pater superuixerit. Idem rescribam, & si rem peculiarem filij, pater legauerit. Nam eodem casu quo libertatem competere diximus legatum quoque vel debebitur, vel impedietur. Quibus ita præmissis, in proposito dicebam, cum heres non adiit hereditatem, retro peculium patris bonis accessisse.* Et rursus ibi subiicit, *Et retro habuisse creditur, cuius successor.* text. etiam *in l. hereditate, §. pater, ff. eod.* vbi similiter respondet Iureconsultus, datam a patre libertatem seruo filii conualescere, si contingat filio patrem heredem existere ibi, *quod si intestatus decesserit filius, postliminium cuiusdam similitudinem pater antiquo iure, habeat peculium, retroque videtur, habuisse eius dominia.* text. etiam *in l. Castrens. ff. eod.* ibi. *Si ante accesserit filius actio patris non impeditur:* Et sic libertatem petere seruus potest, per viam actionis, non exceptionis tãtum. Et est ratio, quia hoc casu pater seruum, & hereditatem filii consequitur, quasi ex iure antiquo ratione peculij, *vt d. §. pater ibi. ...antiquo iure, &c.* sic etiam Paulus, I. C. *in l. fin. eod. ...* restringens dispositionem *l. si seruo, ff. qui & a quib.*

vbi

vbi ex iure superueniente, solum conceditur confirmatio, ad effectum excipiendi, vt non procedat in libertate a patre seruo peculiari filii præstita. Subdit: *Sed fauorabilius est, libertatem a patre relictam, admittere, & ab initio patris eum esse videri, ex eo quod postea contingit ostenditur.* Quæ iura licet peculiari seruo in libertate loquantur, in qua specialis quædam ratio peculii viget, quando de illo filius miles nihil prorsus disponit quo casu pater peculium tanquam rem suam consequitur, ex iure primæuo *l. placet. ff. de acquiren. hered. & in l. frater a fratre, ff. de cond. indebit. & habetur in leg. 1. Cod. de bon. mater. & in l. cum oportet. C. de bon. quæ lib. l. 1. & 2 ff. de Castrens. pecul. tradit Costa, in l. qui duos, §. cum in bello, ff. de reb. dubiis verbo patris, pagin. 48. & verb. quasi filius. pag. 50.* Nihilominus tamen, materiæ, quam tractamus, adaptari recte possunt, si consideres, quod quemadmodum ibi Iureconsulti respondent, filio nihil disponente, huiusmodi peculium, cuius libera administratio, & dispositio penes viuū filium erat, eo mortuo penes patrem manere, quasi apud illum a principio fuisset, quia res de facili ad suam naturā reuertitur a qua in fauorē militiæ peculium Castrense fuit segregatum, vt filius familias miles libere de illo disponere possit. Quocirca, eo nolente disponere, peculium penes patrem residet, quasi semper ab initio penes eum fuisset. Quæ est ratio propter quam in dictis iuribus scriptum reperitur, retro videri patrem habere, & iure antiquo, scilicet peculii ad patrē pertinentis, nisi filius miles suo iure vtens de illo disponat, vt Iureconsultus ait, in *d. l. seruum filii.* Quæ sane ratio, seu ratiocinatio materiæ nostræ applicari recte potest, quoniam hic mater erat principalis emphyteuta, ad quam pertinebat ius emphyteuticum, & nominandi facultas, quam a se abdicauit, in gratiam filii, quem nominauit. Quæ sane nominatio, vel quia per mortem, contingentem in vita matris, plenum effectum non fuit sortita, vt habetur in hoc §. ipso iure deficit, & quasi res, ad suam naturam, & in pristinū statū penes matrem manet omne ius emphyteuticum, quod ante habebat: quare mirum non est, si interim ab ea facta nominatio conualescat, ex iure superueniente, per mortem filii. Quemadmodum igitur, in iuribus supra adductis, filio ab intestato decedente, peculium retro creditur in bonis parētis fuisse, & hic emphyteusis filio mortuo, in bonis matris nominantis, quasi postliminii cuiusdam similitudine, seu iure reuersionis, mansisse dicendum est, eum mater filio superuixerit, & iure successionis ad eam emphyteusis reuersa fuerit. Ex quibus probo hæc est vera sententia pro filia, quæ omni difficultate caret, quando mater vsque ad vltimum vitæ spiritum, tacuit, neque alium quempiam nominauit: quo casu factam filiæ nominationem confirmasse videtur. Erit etiam hoc idem seruandum, quando filius nominatus fuit simpliciter, vt in casu huius §. contingit. Vbi vero cum translatione totius iuris emphyteutici fuit a matre nominatus filius, omnis abest difficultas, vt ex supra scriptis apparet.

40 Verum † & pro filia viuo fratre nominata induci possunt, quæ notabiliter scripsit Grotus, *in c. 1. de rescript. in 6. col. 2.* vbi per multa resoluit verius esse rescriptum impetratum ab excommunicato, si superueniet absolutio, cōualescere, citat inter alia Bart. *in l. cum vir, ff. de vsucapion.* quem dicit probasse Panor. *in c. cū ex officii col. pen. de rescrip.* citat etiam tex. *in l. qui soluendo non erat, ff. de hered. instit.* vbi testamentum a principio nullum conualescit, submoto impedimento. Inducit etiam, quod de testamento vsurarii firmat Bart. *in l. ff. de regula Caton* conualescere, si præstat cautionem de restituendis vsuris. Inducit etiam alia, quæ consulto tacemus. Quibus id vnum addo, veram esse traditionem, scilicet actum gestum ab incapace; seu persona prohibita, validum firmumque reddi, ex superueniente habilitate, vt contingit in eo, qui testari est prohibitus, qualis est Monachus, Episcopus, & similes. Hi enim si inutiliter testentur, & postea testandi facultatem impetrauerint, iam factum testamentum, confirmabitur. Ex his, quæ late diximus *in tract. de nomi. emphyt. q. 21. nu. 88 fol. 249. cum sequentibus.*

Neq; † mouere in contrariū possunt, quæ supra pro parte aduersa adduximus argumenta. Etenim q de actu nullo, a principio, diximus, ex post facto nō validando, in actu mortē tanco est, in quo nullitas semel inducta, effectum perpetuum inducit: nō sic, quando actus, de cuius nullitate agitur, suam perfectionem habet, ad certū tēpus relatam. Infra quod si caussa annullans cessat, cessabit etiā nullitas, inde caussata, vt notabiliter explicat Gomez. *in regula de infirm resig. q. 32. col. 3. post prin.* vbi stante illa regula de infirmis resignantibus, per quam oportet resignantem, saltem per viginti dies viuere a die præstiti consensus, vt de beneficio facta resignatio teneat, & firma sit, quæritur, quid dicendum, *si facta resignatione per infirmum in manib. Papa ante præstitum consensum, Papa moriatur, & consequenter effectus dictæ regulæ extinguatur, quia per mortem Papa cessat?* Et primo arguit in specto initio, quia resignatio fuit facta, viuo adhuc Papa, Regulæ locum fore, nullamque resignationem, & inde sententiā collatione censēdā esse. Tandem contrariū firmat, obseruandum, quia inquit, etsi verum sit, initium fore attendendum, *vt adnot. Bald per tex. ibi in l. 1. ff. de orig. iur.* nihilominus tamen, quando initium habet relationem ad finem, attendi finis, nō initium debet *l. stipulatio, §. opus. ff. de oper. noui nunciat. c. maiores, §.* Sed adhuc, de Baptismo, *c. fraternitatis, de frigid. & malefic.* cum aliis adductis per Felin. *in cap. cum dilectus de accusatio.* Quare quia in proposita quæstione nominatio in fauorem filiæ habet relationem ad tempus mortis emphyteutæ nominātis, consequens est, cessante caussa nullitatis, per mortem filii, cessare ipsam nullitatem.

Vel † etiam & secundo respondeo, in casu, quem tractamus, nullitatem nominationis, factæ, in fauorem filiæ, viuo fratre, respectu & contemplatione ipsius fratris primo nominati fuisse inductam: quapropter tacitam quandam habet cōditionem, si ab ipsomet filio allegetur & proponatur, vt infra comprobabimus: quare illo decedente, ante matrem, nullitas cessat, quæ ab alio, quam ipso proponi, & allegari non potest. Vel etiam, & tertio, respondeo, nominationem factam in fauorem filiæ viuo fratre non esse ipso iure nullam, a principio, sed magis, annullandā, seu rescindēdam. Nam & si verum sit, legem Regni videri nullitatem ipso iure inducere *in §. 1. huius tit. adj. ibi. Ia nao poderà nomear outra vez a nenhuma pessoa, rursus & in §. 2. ibi. nā poderà renogar essa nomeatio.* quia verbum potest, pro ce Ieure

41 (right margin, beside "Neq; † mouere")

42 (right margin, beside "Vel † etiam")

negatiua, omnem prorsus potẽtiam tollit, *vt tradũt Doctores in l.nemo potest.ff.de leg.1. Socin.in l.1.in princip.ff.de verbor.obliga. Bartol.& Dd.communiter in l. Gallus in princip.ff.de lib. & posthum. tradit Corsetus singul. verbo potest.* Nihilominus tamen contrarium est resoluendum, in hoc casu, quia lex Regia vlterius procedens, per verba futuri temporis, induxit nullitatem, vt constat ex *§.2.huius tit.ibi. ainda que a feca nam valera*, quæ verba, cum sint futuri temporis, canonem latæ sententiæ non inducunt, vt post alios tradit Tiraq. *in l.si vnquam, C.de reuoca. donat. verb. Reuertatur, num 32.* comprobat Alfonsus de Castro, *de potest.leg. pœnal. fol.102.in fin.cum sequent.* Amplius ex Decii auctoritate, hoc obseruandum fore, quamuis verba sint geminata, de qua re etiam meminit Tiraquel. *d.loco, numer.40.* Licet per verbum, *non valeat*, imperatiui temporis, nollitatem ipso iure inducat *Tiraquellus d.l.si vnquam verbo, reuertatur, numer.105.& 102.& Alfons.de Castro de lege pœnali, fol.153.in princip.* quibus contradicit Felinus. *consil.7.num.1.& 2.* & Quintil. Mandos. *in regula Cancell.22.q 6.numer.2.* quorum sententia obtinet, quãdo est verbum futuri temporis. Quocirca non bene videntur aduertisse, qui intelligũt, secundam nominationem factam, viuo adhuc primo nominato, omnino nullam esse, perpcedentes verba, negatiue concepta, quibus respondemus, legem Regiam, vlterius fuisse progressam, nullitatem inducens, & statuens per verba futuri temporis, quo significaret, necessariam esse sentẽtiam, nõ tamen ipso iure nullitatem induci: quo casu cessat argumentum supra adductum, de verbo, *potest*, præcedente negatiua, *teste Iasone in l.stipulatio ista, §.alteri, ff.de verb.oblig.n.17. & Dec.in l.pacta, quæ contra C. de pact.post n.10.*

43 Est † enim in hac specie secunda nominatio, in fauorem filiæ facta, in pendẽti vsq; ad mortem matris nominantis, quo tempore prima facta in fauorem fratris nominatio, plenarium incipit effectum habere: potest namq; interim frater decedere & inutilis fieri eius nominatio, & reuersa emphyteusi matri nominandi potestas, iteru in tribui. *Vt in hoc §.contingit.* Potest etiam matri filiam nominanti, morem gerens, factam sorori nominationem probare, & suã repudiare. Quare nõ est mirũ, si interim dicatur, ea secunda nominatio pendere, cum primo loco facta, caduca fieri, & pro non facta haberi possit. Quare quamdiu hoc contingere potest, nec prima nominatio suũ effectum sortita est, secũda & si nõ sit firma, in pendẽti esse debet, tex. *in l.ex Castr. ff.de Castrens.pecul.ibi. Eo tempore quo habere effectum consueuerunt.* Quo loco Iureconsultus docet attendendum esse tẽpus, quo actus gestus incipit habere effectum, ad quodq; vsq; tẽpus potest res esse in pẽdenti, & sic nominatio secũda. Quod in emphyteutica nominatione, pendente a contractu inter viuos admitti facile potest ex his, quæ tradit Cagnol. *in fin. C.de pactis, n.126.* Licet non ita, si nominandi potestas, in testamento, seu qualibet alia vltima volũtate sit concessa, *vt tradit Greg. Lopez. in l.10.tit.31. Partita.3.* Nec est nouum in iure nostro, rem esse in pendenti vsq; ad certum tempus, vt deducitur ex scriptis a Iasone *in l.si is, qui pro emtore, ff.de vsucapio. num 33.cum seq.* & satis in terminis tradit Peralta, *in l.cum patronus, ff.de leg.2.post n.16.* resoluens grauamen impositum legitimæ filiorum, licet inutiliter adiectum dicatur, neque filiis vnam moram faciat, aut impedimentum, *in xtis l. quoniam in prioribus C. de inoffic. testam.* nihilominus tamen, quia filii possunt onus agnoscere, & parenti morem gerere, dicitur onus esse in pendenti, quousque filius declaret, nolle se onus iniunctum pati. Sic ergo in proposito licet secunda nominatio, primã non moretur, aut impediat per hanc legẽ nostram. *in princ.& in §.1* erit tamen in pendenti, donec prima nominatio suum effectum sortiatur, & illam primo nominatus impugnet.

Sic † enim in simili interpretantur text. *in l.si vnus, ff.de seruitutib.ibi.inutile est & in l.proprium in §.* 44
ff.comm prædior. & in l.plurib. 140.§ fin.ff.de verbo. oblig. vbi habetur, socium in utiliter rei communi seruitutem stipulari *l.si quis dicas, §.1.ff.com.præd.* nihilominus tñ stipulata fundo communi seruitus in pendenti est, donec socius patrem fundi, stipulanti remittat, vel pro patre sua etiam seruitutem stipuletur, vt est tex. *in l.per fundum, ff.de seruit. rust. prædi.* iuncta æquiparatione *l.seq.§ 1.* vt explicat Paulus, *in l.stipulationes non diuiduntur, numer.6.ff.de verbo. obligation.& ibi Iason.numer.9.post Cæpolam lib.de seru. 1.c.11.* Nil mirum ergo, si in proposita specie cõcedamus, inutilẽ nominationem factã in fauorẽ filia, in suspẽso esse, donec prima in fauorem fratris, suũ plenarium effectum consequatur. Facit notabilis Rotæ decisio antiqua. *145. col.2. & in collectis per bisgnet. titul.de iure patron. q.1.* vbi decisum est, secundam patroni pñtationem, in pñiudicium eius, quẽ prius præsentauit, nullam esse, respectu tamen ipsius patroni in pendenti esse, si forte contingat primum præsentatum nolle beneficium accipere, aut antequam obtineat, decedere, quo casu licet patronus a principio inutiliter præsentauerit, respectu primi præsentati, nihilominus respectu sui, secunda illa præsentatio, quasi in pendenti posita, cõualescit, ne quomodo amplius alium præsentando, variare possit. Quæ profecto notabilis est ad casum nostrum decisio, per quam licet mater nominãs in præiudicium filii iam nominati nihil egerit, nihilominus tamẽ respectu sui, inutilis secunda nominatio in pendenti esse debet, vt adueniente casu, quo iterum nominare valeat, variare nõ possit. Posse autem nominationem emphyteuticam stare in pendenti ex his, quæ diximus supra, *c.3.n.15.* liquido cõstat. Quocirca necessario fatendum est, nominationem hanc secundam, in fauorẽ factam, quæ omnino nulla non est, sed magis in pendenti constituta, per mortem fratris primo nominati conualescere etiam ad effectum agendi, *ex Alex.lib.5 cons.1.n.38.* vbi eius aditio Imolam & Ripam refert, quem reperies *lib.responso.tit. de donatio. & ad Trebell. responso.6. n.2.& ante n.10 fol.82.*

Nec † enim omnia, quæ fieri prohibẽtur, statim 45
nulla sunt, valent enim aliquando, & firma sunt. *vt habetur in cap.ad Apostolicam.de regularib.* Qua ratione multi ex nostris concedunt, emphyteuticam concessionem de re aliena factam, omnino nullam non esse, quamuis fieri prohibeatur, *vt tradit Afflictus in c 1.§.præterea, nu.10.quib.mod.feud.amit.* Quare hoc idem est dicendum in nominatione secundẽ vel tertiæ psonæ, quod valida sit, quamuis fieri ꝓhibeatur. Imo & si concedamus cõcessionem de re aliena factã, nullã esse a principio, vt ꝓbare videtur tex. *in cap.2.quo tempor. mil.* ibi. *Pro non factis hab. a-*

men.

tur. concedendum est, mortuo possessore, illā conualescere, firmamq; manere, *vt in d. c. 2. nominatim firmat gloss. verb. pro non facta. & ibi Bald. num. 6. & omnes alij feudistæ. quos recensuimus in tract. de nominat. emphyt. q. 15. n. 20.* Quib. accedit Rebuf. *de reb. Eccles. non alienan. n. 18. cum seq.* Et est profecto pulcrior ille casus, iuncta gl. ꝑ decisione huius quæstionis, habito maxime pro constanti, cōcessionem dominicam emphyteusis nondū vacantis, esse a principio nullam, vt differemus *in tract. de acquisitio. emphyteusis, c. 5. nume. 21.* quo casu nihilominus glos. d. *verbo. pro non facta*, resoluit, per vocationem contingentem, per mortem possessoris emphyteutæ, concessionem sic inutiliter factā conualescere, quia tunc per reuersionem rei ad dn̄m directum, res peruenit, ad casum, a quo incipere potuit. Quo argumēto, cum per mortem filii primo loco nominati emphyteusis, iusque nominandi iterum ad matrem sit reuersum, respondendum est, validam firmamque fieri nominationem, filiæ factam, vt declarat Afflictus, *in dict. cap. si quis, numer. 3. quo tempor. miles,* vbi etiam sequitur Bald. *d. numer. 6.* firmans hoc etiam placuisse Iserniæ, & Iacobo de Belloui so: & ego cum Senatoris officio fungerer, vidi in gradu supplicationis obtentum, in caussa Fernandi de Freitas, super quadam emphyteusi, quicquid contradicant Afflict. *nu. 15. in d. c. si quis, & Decius in l. fin. C. de pact. ante numer. 18. & Bossius de principe, numer. 379.* contra quos est tex. clarus *in cap. 1. §. moribus, si de feudo defunct.* ibi. *Moribus receptum est, dominum de feudo militis sui, quod post mortem ipsius, ad dominū reuerti sperabatur, in alium militem inuestituram facere posse: quæ inuestitura tunc demum capiet effectū cum feudū domino, aut heredi suo fuerit apertum.* & ibi glos. citat in argumtum tex. *in l. 3. C. de donat.* Ex quibus proculdubio probabilis redditur præscripta resolutio, in fauorem filiæ, vt eius nominatio confirmetur ac vires resumat per mortem fratris prius nominati. Suffragatur quod tradit Afflictus *in tractatu de iure prothomiseos in princip. numero 28. fol. 23.* resolnens non obstante illius l. prohibitione, alienationem factam esse in pendenti, donec consanguineus retrahat.

46 Vlterius †, & si concedamus, huiusmodi nominationem respectu filii prius nominati nullā fuisse, ac nullum prorsus illi impedimētum allaturam, nihilominus tamen respectu ipsius matris, quæ nominauit, firma ac perpetua censeri debet, argumēto eius, quod paulo ante de patrono resoluimus, cuius secunda præsentatio respectu prioris nulliter facta censetur, respectu tamen ipsius firma est, si contingat illum posse iterum pręsentare. Nec mirum, quia variatio in iure prohibita est, *vt habetur, in Clementi. 1. de renuntiatio. & in l. quod semel, de regul. iuris*, tradit Rebuffus in concord. *pagin. 926. in principio*, firmans, proinde Episcopum mihi conferētem beneficium nulliter & de facto, amplius variare non posse & consequenter superueniente caussa liberæ collationis, cuipiam alii quam mihi conferre non posse: quod idem latius probat, *in tractatu nominatio. q. 17. pag. 229. vers. 2.* Quo argumento mater, quæ filiam a principio inutiliter nominauit, ꝑpter exsistentiam alterius filii, prius vtiliter nominati, vtiq; contingente casu liberæ nominationis, quempiam alium, quam filiam semel electam, nominare non potest.

47 Adstipulatur † communis nostrorum interpretum traditio, *in leg. fin. C. de iure emphyt.* quæ habet, nullitatem alienationis rei emphyteuticæ, factæ irrequisito dn̄o, ab altero contrahentium allegari nō posse, quoniam illi a semel placitis resilire non possunt. Quocirca ius & potestatem talē nullitatem ꝓponendi, & allegandi soli dn̄o directo, auctores nostri largiuntur, de cuius tantum præiudicio, actum est, & in cuius perniciē facta dicitur alienatio. Quod idem est obseruandum, in casu nostro, vt minime audiendus sit, allegans nullitatem nominationis factæ, in gratiam filiæ, nisi illemet, aut ab eo caussam habens. Explorati enim iuris est, agentē in iudicio, ius tertii deducentem, audiendum non esse, quamuis eius obiectio, iuris rei conuenti, sit omnino exclusiua licet contrarium reo concedatur, vt resoluit Socin. *in l. 2 ff. de except. rei iudi. numer. 6. & 7. Probus in c. dispendia, de rescript. in 6. nu. fin. Paris. lib. 4. consil. 12. nu. 21. Dd. in c. mandatum, de rescript. tradit Angelus in princip. Institu. de exceptio. col. 2. in med.* Quocirca nec mater, quæ nominauit, neque ab ea caussam habens, tacite vel expresse nominatus, allegans nullam fuisse nominationem in fauorem filiæ factam, audiēdi sunt, quoniam ea nullitas solum filium nominatum respicit, qui illam poterat allegare, si viueret, aut ab eo nominatus, id est, caussam habens etiam titulo particulari, *ex Bertrando, libr. 2. consil. 163. numer. 9. Rimminaldo, libro. 2. consil. 389. numero 55.*

48 Neq; † te moueat, quod post stabilem, Ripam, & alios probat Ludou. Gomez. *in regul. de triēnali poss. quæst. 13. col. 4. pag. 738.* vtiliter resoluens, nullitatem actus gesti a lege inductam, posse a quocumq; tertio allegari, quia non dicitur hoc casu fundari in iure tertii, imo in nullitate a lege inducta, qualis est, nullitas impetrationis, per eam regulam de triennali inductam, aduersus possessorem triennalem pacificum, quam posse quemcunque proponere, & obiicere Gomezius eo loco contendit: quia loquitur, quando lex simpliciter actui resistit, illum irritans, non in fauorem alicuius personæ particularis, prout contingit, in casu nostræ quæstionis, in quo in fauorem primo nominati, secunda nominatio interdicitur. Quapropter ab alio, quam a primo nominato, ea nullitas allegari nō potest. Certum enim est, nullitatem in fauorem alicuius introductā, tacitam habere conditionem, si ab eo allegetur, & proponatur, *vt tradit Socinus in l. 2. ff. de exceptio. rei iudic. numo. 8. Bertrandus lib 3. consil. 38. numer. 4. tradit Menchaca, lib. qq. forensium, cap. 64. n. 8. & Menochius, consil. 20. n. 53. cum seq. vol. 1.* tradit Ruinus, *consil. 93. n. 8. lib. 3.* resoluens, proinde legitimationē nullā, quia facta in mei præiudicium conualescere, si ego taceam, neq; contrarium: videor n. cōsentire sic tacens, & cessat propterea nullitas in mei fauorem inducta, quia tacitam habet conditionem, si velim nullitatem opponere, *l. 2. ff. de lege commisso. Fulgo. in l. si sponsus, §. si quis rogatus, ff. de donatio. inter vir. & uxor.*

49 Quo † argumento, nullitas contractus bonæ fidei, cui dolus caussam dedit, *vt habetur in l. Iulianus, §. si quis a colludente, ff. de actio. emti. Bartol. & alii in l. eleganter in princip. ff. de dolo. Iason in l. transactione finita. num. 3. C. de transaction.* ab eo tantum, qui doli iniuriam passus est, allegari potest, *vt ibi per Doctores eosdem, & Menochium, consil. 20. numer. 55. volu. 1.*

Sic etiam nullitas cõtractus emphyteutici inducta, quia ſpreto domino directo alienatio facta eſt, ab alio, quam ab ipſo domino, allegari non poteſt, quia ab eius tantum voluotate pendet ſi voluerit, iuxta tradita in l. 2. & 3. C. de iure emphyt. vbi Iaſon, numero 6. & Decius, conſil. 138. nu. 6. Brunus conſil. 41. numero 46. Tiraq. in l. ſi vnquam. C. de reuoc. dona. verbo. reuertatur, n. 10. Gratus conſi. 55. n. 24. vol. 1. Quæ omnia, & his ſimilia, ex ſupraſcripta ratione procedunt, qa nullitas inducta, in fauorem alicnius perſonæ conditiooalis eſt, & ab eo dũtaxat, non ab alio, allegari poteſt, vt cum Decio probat Cagnolus in l. in ambiguis, §. 1. numer. 7. ff. de regul. iuris l. 2. ff. de lege commiſ. Caſſad. qui teſtatur communem, in titul. de locato. q. 4. in fin. Iaſon in l. poſthum. C. de contra. tabul. numer. 24. cum ſequent. Peralta in l. cum patronus, de leg. 2. num. 31. Teraq. de morte ſuſit, declarat. 1. nu. 4. & 10. Iaſon in l. tranſactione, num. 3. C. de tranſactio. & alis quos nu. præcedenti ad ſi. retulimus, tum etiam quia omnis nullitas, tacitam habet cõditiooem, Si ille velit, vt in l. 2. Cod. de iure emphyteut. ibi, Domino volente, quod nos latius inferius tractabimus in tractat. de emphyteuſis extinctione, & reſolut. cap. 12. numer. 4. & eſt bona gloſſa, in l. elegã ter verbo, nulla, ff. de dolo. Caſſador. titul. de locato, q. 2. à numer. 3. Ex qua traditione ego aliquando reſpondebam optime procedere, quod in l. cum patronus, 28. ff. de legat. 2. habetur. fideicommiſſum a coherede patroni, vel illius ſubſtituto, debeti, quamuis in perſona ipſius patroni omnino non teneat. Verum eſt enim fideicommiſſi grauamen in patroni perſona non tenere, ſi modo ille velit ſuccedere: Vnde ſi repudiat a principio, legatũ firmũ permanet, & conſequẽter a coherede patroni, vel ab illius ſubſtituto, præſtari debet. Ea enim, quæ a principio ſimpliciter & abſolute ſunt nulla, conualeſcere ex poſtfacto non poſſunt, regula, quod initio, ff. de regul. iuris. Non ſic quando actus eſt oullus, ſub aliqua cõditione, quooiam tunc illa deficiente conualeſcit, Innocent. in capit. cum conſuetudinis, de conſuetud. quem ſequuntur Angel. nume. 4. & Paulus, nume. 9. in l. per fundum, ff. de ſeruit. ruſtic. prædio. Decius d. reg. quod initio. nume. 9. quamuis Peralta in d. l. cum patronus, nu. 8. & 12. intelligat, grauamen fideicommiſſi iniunctum patrono a principio nullum non eſſe, & propterea ex poſt facto, in perſona coheredis, aut ſubſtituti conualeſcere. Contra quem, imo quod grauamen illud ſit, a principio, oullum per l. ſi arrogator, 22. ff. de adoptio. in fin. & per textum in l. ſi patronus, 10. ff. de donation. verius eſt. Ex quibus, quoties non adeſt is, in cuius fauorem nullitas eſt inducta, actus nulliter geſtus, a valido noo differt, vt explicat Peralta in l. vnum ex familia, §. ſed ſi fundũ, ff. de leg. 2. n. 41.

Confirmant † hanc traditionẽ, quæ ſcribuntur, a Doctorib. in c. ſtatutum. de reſcript. in 6. reſoluẽtis, quod decretum irritans non operatur effectum, niſi opponatur, ab eo, in cuius fauorem fuit appoſitum, refert Guilhelm. in capit. Raynutius, verbo. ſi abſque liberis, de teſtamen. ante numer. 44. & verbo. in eodem teſtamento in 1. n. 91. concordat Rebuff. in concord. pag. 325. in fi. & Machellus, patrocinio. 39. num. 4. Iaſon in l. admonendi a numer. 10. ff. de iureiuran. gloſſ. 2. in l. 24. Tauri, in princ. & Gomezius in regula de annali, q. 4. pag. 494. reſolnens, decretum irritans, de quo in ea regula; noo nocere impetranti niſi ab aduerſario opponatur, concordat Rebuffus in praxi, pagin. 352. ad finem, idem Gomezius in regulis. pag. 873. in medio. & pag. 912. poſt princ. Tiraq. in legib. Connubial. gloſſ. 8. num 95. Couarr. pract. quæſtion. capit. 9. poſt numer. 7. & nouiſſime Quintilian. Mandoſ. in regul. Cancell. 3. pagin. 91. & in regula 31. quæſt. 11. ante num. 3. cum ſeq. Decius in l. pacta, quæ contra, C. de pact. numer. 11. Hoc ſingulariter intelligens, niſi decretum reſpiciat fauorẽ publicum. Et ita intelligi poteſt gloſſa not. in cap. dilecto. in fin. de præbend. quam extollit Imol. in l. ex facto, numer. 3. ff. de vulga. Iaſon in l. ius publicum, fall. 5. ff. de pactis, Felinus in cap. cum acceſſiſſent, numer. 7. de conſtitut. Crotus in l. omnes, numer. 62. ff. de iuſtit. & iure. conſentit Iaſon in l. pacta, quæ contra numer. 2. C. de pact. Aliter enim niſi fauor ſit publicus, aut Eccleſiam reſpiciat, vt in dicto c. dilecto. Panormita. numer. 14. fauori ſuo quilibet, renuntiare poteſt. ex regula l. penult. Cod. de pactis, vt explicat Decius dict. cap. cum acceſſiſſent, num. 3. ad fi. & in cap. 2. n. 6. de teſtib. rurſus & in l. poſthu. C. de contra tab & in d. l. pact. n. 11. & Felinus in cap. cum ex officii, col. penul. de præſcriptio. Caſſado. titul. de iure patron. quæſt. 5. & Molina, lib. 4. de primogen. Hiſpan. cap. 1. n. 16. & 18.

Quibus † addo hoc idem fore obſeruandum io 50 clauſula Anteferri, quæ ſuum non pducit effectum, niſi ab eo, in cuius fauorẽ fuit adiecta, petatur, vt late conſuluit Felinus, conſil. 1. num. 15. cum ſeq. Ex quibus licet concedamus, nominationem, de qua agimus, nullam a principio fuiſſe neceſſario reſoluendũ eſt, illam nullitatẽ filiæ nominatæ, non obſtare, niſi a fratre, in cuius fauorẽ fuit inducta, aut ab habente cauſſam ab eo allegetur. Hanc n. interpretationem omnis patitur nullitas, a lege inducta, in fauorem alicuius certæ perſonæ, vt proxime diximus. Fuiſſe autem hanc nullitatem in fauorẽ fratris primo nominati inductam, plaoe deducitur ex verbis legis Regiæ, in §. 2. ſup. hoc tit. ibi: Nem fazer outra ſegunda. porque a primeyra ſeja reuogada, id eſt, nec facere aliam poſteriorem qua prior reuocetur, & ibi. He acquirido tanto direito, que lhe não pode ſer reuogado. id eſt, tantum iuris acquiſitum eſt, vt amplius ei auferri non poſſit, quæ verba plane probant, nullitatem ſecundæ nominationis, a priore peodere, & in fauorem primi nominati, eſſe introductam. Quocirca ſi primo loco nominatus conſeotiat, expreſſe vel tacite, oolitque allegare nullitatem, ſecuoda nomioatio firma erit & ſtabilis, per ſupraſcripta, & per ea, quæ tradit Caſſadorus titul. de locato, q. 2. colum. 1. & 2. & quæſt. 4. & Nauarr. in manual. cap. fin. de fi mo. num. 31. Nam cum verum ſit, nullitatem inductam in fauorem alicuius certæ perſonæ, conditionalẽ eſſe, ſi ab ea allegetur, vt ante probauimus, certe ſi taceat, neque nullitatem opponat, conſentire videtur, eamque nullitatem negligere, vt tradit Ruin. conſ. 93. n. 8. vol. 3.

Quamobrem † ſtare recte poteſt, quod ſupra di- 51 ximus, huiuſmodi ſecundam nominationẽ nullam dũtaxat dici poſſe, quatenus primo nominato nocere põt, ſi modo ille de nullitate agat, reſpectu vero nominantis, ſi cõtingat illum, poſſe iterum oominare, firmam, validamq; eſſe, & ſic a principio in ſuſpenſo eſſe, ac in pendenti vſq; ad illud tempus: quod argumenro patroni, qui ſecundum præſentare non dubitauit, ſupra probauimus ex auctoritate Rotæ antiquæ deciſion. 845. cui addo Tiraquel. lib. de retract. §. 1. gloſſ. 2. numer. 8. vbi reſoluit actum

actum gestum contra legem esse nullum in odium gerentis, non vero in eius commodum, & vtilitatem, quod latius comprobat idem Tiraq. ibidem, §. 26. glo. 2. a nu. 7. Barbatia in cap. inter dilectos, nu. 3. de donatio. vbi firmat, alienationem rei litigiosæ, tenere in odium alienantis: sic etiam rei emphyteuticæ sine consensu domini directi factam venditionem, in odium ipsius emphyteutæ vendentis, valere, quamuis nulla omnino reputetur, respectu domini directi, qui ob id rem ipsam vindicare potest, secundum communem in l. fin. C. de iure emphyteut. Nec hoc mirum, quoniam idem contractus potest censeri validus, & infirmus, respectu diuersarum personarum, vt tradit Peralta in l. cum patronus, ff. de legat. 2. numer. 16. quem vide a numer. 13. per text. ibi pag. 293. tradit Angel. ad fin. princip. Instit. quibus ex caus. manumitt. non licet, & Iason ad Portium in §. præterea, Instit. quib. mod. ius patria potest. soluat. post numer. 13. & est glossa tin. in l. qui habebat, 54. ff. de manumiss. testament. tradit Iason in l. vbi pactum, nu. 30. C. de transactio. Decius in cap. ex tenore, numer. 7. de rescript. Quamobrem cum nominatio ista secunda, respectu matris nominantis, omnino non sit nulla, sed magis in pendenti, vt est text. in l. obseruare, §. fin. ff. de officio proconsul. vbi gloss. creditur m. & in l. fin. ff. commun. prædior. adueniente casu, quo illi licet iterum nominare, fatendum est, confirmari, firmamque manere nominationem, prima non obstante, in gratiam fratris celebrata. quæ ante mortem matris effectum plenarium non fuit consecuta, ex Ludou. Gomez super regulis, pag. 994. q. 7. de public. Cassado. super reg. Cancell. q. 24. Roman. consilio 356. quem tamen vide a numer. 3. dubitantem.

53 Prædictis † addo in confirmationem, l. Reg. libr. 4. titul. 48. §. 3. in nonis iuncto principio, vbi venditio rei immobilis a marito, sine consensu vxoris omnino nulla, nulliusque roboris, & momenti, vt in d. princip. probatur, ab vxore, in cuius vtilitatem & gratiam, ea nullitas est inducta, potest confirmari, & approbari, sine qua solus maritus de nullitate agere neutiquam potest: quoniam quoad illum mero iure venditio tenet, donec ab vxore eiusque heredibus impugnetur, irriteturque, vt nos in hypomnemate illius l. latius explicauimus. Sic ergo in proposito, nominatio secunda inutiliter a matre facta, quoad illam, ne quo modo variare possit, firma censenda est, nisi primo nominatus frater, in cuius fauorem lex Regia, annullando processit illam infirmauerit, aut quispiam alius ab eo caussam habens.

Sed † hæc maxime procedunt, & admittenda
4 5 sunt, quando mater, quæ filiam nominauit, post filium diu vixit, nec nominationem factam in fauorem filiæ reuocare curauit: quo casu videtur, & si inutilem & infirmam nominationem confirmasse, vt est text. ad id notabilis in l. tres tutores 56. §. 1. ff. de administr. tutor. ibi. ex temporis intercapedine quo testamentum factum est. Fuit ibi a Iureconsulto quæsitum, an permutationem status, contingentem in persona tutoris, testamento dati, videretur a tali datione recessum, quemadmodum & a procuratore? Et respondet, recessum esse. Vt habetur in l. etiam ff. de confirmat. tuto. Verum si ex interuallo post contingentem status mutationem, testator decedat, contrarium Iureconsulto placuit: quia si cum primum sciuit, mutatũ esse statum, alium tutorem nõ cõstituit, priorem de nouo datum cõfirmasse dicendum magis est, & consequenter sic datus tutor remoueri nõ potest. Quod etiam ꝓbat tex. in l. in confirmando 8. ff. de confirm. tut. ibi. Si proximo mortis tempore, tutores non iure vel curatores scripserit pater. Nam si ante annos, &c. Vbi etiam fuit mota quæstio de confirmando tutore suspecto? Et Iureconsultus respondet, non esse repellendum, sed magis confirmandum, si per aliquot annos pater viuens diu post testamentum decesserit, illumq; non reuocauerit, & vtrobique hoc obseruarunt glossa, & Doctores tanquam indubitatum, inferentes ad casum l. 3. §. fin. cum l. si q. ff. de adimend. leg. vt per inimicitias, de quibus ibi legati reuocatio non inducatur, si testator per aliquot annos viuens tacuit, nec reuocauit, quia eo ipso præcedentem voluntatem confirmasse visus est, nõ obstantibus inimicitiis, quod plane probatur in l. ex parte 22. ff. eod. tit. de adim. legat Quocirca in casu nostro resoluendum est, nominationem, in fraudem filiæ factam, firmam censendam fore, si contingat, post mortem filii, prius nominati, matrem viuere, neq; de emphyteusi disponere: quia in hac specie, in ea voluntate nominandi filiam perstitisse visa est & inutiliter factam nominationem cõfirmasse, per supra scripta & per tex. notabilem in l. 1. C. si mancip. ita fuer. alien. ae. ibi. Vel si venditor non fuerit voluntatis contrariæ, vel si præ adscesserit, text. etiam in l. donationes quas parentes, C. de donatio. inter virum & vxorem, ibi. Firmas esse per silentium donatoris. Iuuat etiam lex 3. §. sciendum ff. de legat. 3. ibi. Vel dum eis datur, aut eis non adimitur. Peralta in l. qui testamento post n. 21. ff. de leg. 2 pag. 482. resoluens illius § sciendum, argumento, de nouo videri dare, qui cũ potuit, non ademit: facit quod tradit Tiraq. in l. si vnquam, C. reuoc. don. verbo, liberos, nu. 173. resoluens, donationem, de quã ibi, per natiuitatem filiorum, reuocatam conualescere, si post mortem eorundem filiorum pater diutius viuens, de re donata non disposuit, tradit Iason in l. si mater. C. de inoffic. testam. n. 4 post Cornenm, consil. 4. n. 6. lib. 3. & ante n. 3. tradit Molina, lib. 1. de primog. Hispan. cap. 9. a nu. 39. & Menchaca, lib. quæst. forensium, cap. 10. n. 35. cum seq. conducit etiam tex. in l. obseruare, §. fi. ff. de officio proconsul. cuius meminit Iason, in l. si is, qui pro emtore, ff. de vsucapio. num. 136. & post Decium, consil. 172. Cassadorus in titul. de iure patrona. quæstion. 5. Doctores in capit. 1. de eo, qui duxit in matrimon. quam pol. gloss. in leg. 15. titul. 2. parte 4. liter. C. Induci etiam potest Peralta in l. Lucius, in 1. ff. de legat. 2. pag. 250. vbi probat, voluntatem mutatam non censeri, nisi aliud appareat, de quo etiam idem Peralta meminit, in d. l. qui testamento, num. 21. pag. 482.

Neque † quenquam mouere potest Iureconsul 55
ti responsum in l. tractabatur, ff. de milit. testam. & in l 3 C. de inoffic. testam. vbi ille, qui nullum fecit testamentum, & imperfectum, quamuis per plures annos viuat, dicitur intestatus decedere: neq; illa nulla voluntas & imperfecta confirmatur, quoniam illa iura procedunt, in testamento, quod a sola voluntate defuncti non pendet, nisi omnis solemnitas a Iure præscripta accedat. Quare tacita illa confirmatio a iure inducta, ex taciturnitate, & temporis cursu, confirmare testamentũ a principio infirmũ non potest, quemadmodum neq; confirmaret expressa, ex his, quæ habentur in l. nemo põt ff. de lega.

1. quae est ratio l. ex parte 22. ff. de adim. legat. Vbi non dicitur renocatum testamentum, quod defunctus cœpit reuocate, nisi concurrat testamentaria solemnitas, & ibi adnotauit glos. communiter recepta. Quamobrem in illo tex. contrarium obseruatur in legatis, in quibus sola voluntas defuncti præualet, quæ vera est interpretatio, quamuis Corneus *libr. 3. consil. 4.* aliter conetur respondere, in qua re rectius me iudice aduertit Tiraquell. *in leg. si vnquam, verb. liberos, n. 182.* Vbi ex eo dicit procedere, quod Corn. *d. consil.* firmat, quia donatio solo consensu perficitur, ideoq; sola voluntate confirmatur: cuius contrarium obtinet in testamento, quia requiritur testamentaria solemnitas, de qua *in l. hac consultissima, C. de testamen.* & sic procedit text. *in l. 1. §. si filius, ff. de legat. 3.* vbi probatur, non valere testamentum filii familias, licet ex post facto emancipetur, & cum ea voluntate decedat. Quod idem probat in testamēto serui, licet postea manumittatur. Cuius contrarium probat in legatis, quæ confirmantur, si in eadem testator volūtate decedat ibi, *quasi datum, cum dos contingeret, si durauerit voluntas.* Quod idem ꝓbatur *in §. si quis, ibidem* ibi, *si modo in eadem voluntate durauerit.* Vbi in deportato loquitur, qui ineptos codicillos fecit, & legata reliquit, si tamen restituatur & in eadem voluntate durauerit, legata a principio inutilia firma permanent. Vnde sine dubio ea iura plane probant, dispositionem a principio nullam, ex caussa superueniente cum taciturnitate, per quam disponens de nouo cōfirmasse censetur, conualescere.

56 Caue †tamen, quia gl. *d. §. si filius, verbo, durauerit,* firmat, hoc casu oportere, probari per aliqua indicia, defunctum illam nullam voluntatem approbasse: quod per suprascripta verum nō videtur. Satis est n. post aduenientem habilitatem, vixisse per aliquot annos & voluntatem suā non immutasse ex iuribus supra adductis. Ceterum nimium vrget *l. pen. §. plane, ff. de bo. possess. secund. tab* ibi, *plane si sui iuris effectus, codicillis, aut aliis literis, eodem testamento se mori velle declarauerit: voluntas, quæ defecerat iudicio recenti rediisse intelligitur, non secus ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, vt priores supremas relinqueret.* Sed loquitur in testamento, ad cuius voluntatem confirmandā, ac stabiliendam, sola voluntas sine solemnitate non sufficit. Et ideo subdit Papinianus, *Nec putauerit quispiam unde voluntate constitui testamentum,* quare glo. ibi verbo *literis,* supplet, *quinque testes habentibus,* & glos *in §. non tamen, Inst. quib. mod. testa. infirment,* ad textum, ibi supplet, quod debet constare de voluntate restituti per *d. §. plane.* Vide semper pro ratione Iasonem *in l. si arrogator, n. 36. ff. de adopti.* Vbi ait, propterea nouam voluntatem requiri, quia testamentum fuit ruptum, facto voluntario ipsius testanteis. Ex quo contrarium opinatur, si aliunde rumpatur, puta posthumi natiuitate, quo mortuo, absq; alia declaratione, testamentum conualescit, vt habetur *in l. posthumus in prin. ff. de iniusto rup. irri. quę fac. testam.*

ARGVMENTVM.

Incertitudo eligendorū, an vitiet concessionem emphyteuticam, & an filiorū optimus sit eligēdus. Variæ concessionis emphyteuticæ formæ in praxi, & an pater, cui nominandi facultas tributa est, possit filiam præferre omisso masculo, & in emphyteusis concessione ordo successiuus spectandus est.

SVMMARIA.

1 *Maritus uxori emphyteusin stipulari potest.*
Emphyteusis potest concedi pro vno filio.
Incertitudo vitiat concessionem emphyteuticam.
2 *Incertitudo personarum cessat, quando alicui eligendi potestas committitur.*
3 *Grauatus vni ex filiis dare, potest eligere.*
Interpret. l. si quis 17. §. 1. ff. de leg. 2.
Concessio simpliciter facta pro vno ex filiis non tenet.
Incertitudo cessat, quando vnus tantum exstat filius.
4 *Filius iam natus nequit nominari, vbi concessio pro nascituris fuit facta.*
Concessionis tenor semper est attendendus.
5 *Filius debet esse legitimus & naturalis, vt emphyteusin concessam pro marito & vxore, & vno ex vtrinsq; filius consequatur, & nominare possit, non autem legitimatus, nec adoptatus, nec natus post deportationem.*
6 *Pater potest ex filiis eligere ad emphyteusin quem voluerit, & n. 7. ad fi.*
Primogenito defertur omnis indiuidua successio.
7 *Emphyteusis concessa pro filio, quem parens nominauerit, ad vnum tātum filium nō ad omnes debet peruenire.*
8 *Filiorum optimus est eligendus.*
9 *Pater an possit eligere vnum ex filiis quem maluit in emphyteusi antiqua concessa ante promulgationem legis Regia.*
Concessionis emphyteutica, seu inuestitura forma, quæ in praxi frequentantur.
10 *Primogenitus emphyteusin consequitur, concessam, pro marito & vxore, & filio vtrinsque in tertiam vitam.*
Primogenitus rem indiuiduam obtinere debet.
11 *Senioris filii maior est prærogatiua.*
12 *Concessio emphyteutica capit interpretationem ab vsu & consuetudine regionis.*
13 *Aresta senatus Regii pro primogenito.*
Concessio regulatur a consuetudine.
14 *Lex noua non tollit ius quæsitum ante illius promulgationem.*
15 *Lex declaratoria, etiam præterita respicit, & n. 30.*
16 *Lex noua comprehendit casum præteritum non consummatum.*
17 *Lex noua nō potest priuare filium iure in spe quæsito.*
Filio in vita patris ius quæsitum non est.
18 *Ius quod filius habet, est conditionale, & per legem nouam non tollitur.*
19 *Nominatus filius ad emphyteusin, concessam pro filio qui nominabitur præfertur.*
Relatiuum quis, vel qui restringit.
20 *Nominādi facultas videtur cōcessa ordine successiuo seniori & demum iuniori & deficiente masculo fœmina.*
21 *Argumentum ab ordine literæ sumitur, vbi agitur de personarum maioritate & præcedentia.*
Interpret. l. cum pater 79. §. pen. ff. de leg. 2.
Interpret. l. heredes mei, §. fin. ff. ad Trebell.
Interpret. l. quoties, 41. ff. de vsufruct.
Interpret. l. generaliter, 24. §. si quis ergo, ff. de fideicommiss. liber.
22 *Interpretatu. l. si quis. 24. ff. qui, & a quibus.*

Inter-

Interpr. l. qui soluendo 60. ff. de hered. instit.
Ordo scripturæ obseruandus, cum de inuestiganda affectione & defuncti amore agitur.
23 *Nominatus primo magis dilectus.*
24 *Masculus magis, quam fœmina diligitur, ideo primo nominatus præualet.*
Alternatiua posita inter personas honoratas resoluitur in copulatiuam, nisi res sit induidua.
25 *Feudum & maiora pro masculis, & fœminis concessa intelliguntur ordine successiuo.*
Argumentum a contrario sensu in contractibus obtinet.
26 *Clausula posita in fine, quando referatur ad omnia præcedentia.*
27 *Relatio cessat, vbi adest diuersa ratio.*
28 *Verba contractus sunt contra stipulantem intelligenda.*
29 *Dominus directus potest gratificare, & dare emphyteusin vni ex filiis.*
Primogenita filia præferenda est.
Sorte quando quæstio sit dirimenda.
Electio est promittentis seu concedentis in contractib.
30 *Filia nominata excludit masculum etiam primogenitum.*
Emphyteusis pro filiis concessa pertinet ad filias.
Lex declaratoria etiam præterita respicit.
31 *Concessio pro liberis, seu pro filiis heredibus, fœminas includit.*
32 *Alternatiua facit rem dubiam.*
Pars vna declaratur per aliam.
Interpr. l. refectionis, ff. commun. prædio.
33 *Ordo literæ obseruandus est, quando inter personas honoratas, datur ordinata dilectio.*
Emphyteusis pro filiis & nepotibus, ordine successiuo primo filiis, deinde nepotibus deferenda est.
34 *Pater & filius copulatiue ab auo instituti, ordine successiuo dicuntur vocati.*
Copulatiue vocati æqualiter instituti censentur.
35 *Frater & eius filius copulatiue instituti æqualiter testatoris heredes sunt.*
36 *Interpretatur l. cum pater, §. pen. ff. de legat. 2. & n. 37. & nu. 39.*
Ordo scripturæ inducit ordinem dilectionis, & prælationis.
39 *Obseruatio noua ad l. cum pater. §. pen. ff. de leg. 2.*
40 *Ordo literæ est obseruandus, in concessione emphyteusis pro filio vel nepote.*
41 *Nominari vbi vnus tantum potuit, si plures nominentur, primus præualet.*
42 *Extraneus nominari non potest ad emphyteusin pro se & filiis, exstantib. filiis masculis vel fœminis.*
43 *Fœmina succedit in feudis ordine successiuo.*
Exemplis non est iudicandum.

CA[P]IT. XI.

1 SVbdit vlterius Lusitanus legislator, *in §. 6. in nouis*, quod si contractus emphyteuticus fuerit celebratus, nempe accipienti, & eius vxori, & filio, ex vtroque nato, tūc bene poterit pater aut mater, qui postremus morietur, nominare vnum ex filiis aut filiabus, quem maluerit, sed non poterit nominare aliam personam extraneam: & in prædicto casu si nō habuerit filios, poterit nominare, nepotem, aut neptem, quem maluerit, etiam si in prædicto non fiat mentio, nisi de filiis. Ordinatio in hæc verba. *E sendo o dito contracto da foramento feito para o que o toma, & pera sua molher & hum filho que dantre elles nacesse, como muytas vezes se custuma em nossos Reynos fazer, em tal caso bē podera o pay ou māy, qual derradeyro delles fallecer, nomear hum de seus filhos ou filhas, qual quizer. E porem nano podera nomear outra pessoa alguna extranha. E no dito caso nano tendo filhos, podera nomear hum neto, ou neta, qual elle quizer postoque no dito contracto, se nano faca menean o senano do filho*, i. e. *quod contractus emphyteuticus celebretur pro accipiente vxore, & filio ex vtroq; nato, vt fieri sæpe contingit, tunc recte poterit parens superstes, qui alteri superuixerit, vnū ex filiis, quem maluerit nominare, personam autem extraneam nullo modo nominare poterit. Deficientibus autem liberis, nepotem neptemue, quem maluerit libere nominare poterit, etiamsi in contractu filii dumtaxat mentio facta sit.* Dum hæc Ordinatio subdit, *& pera sua molher*, præsupponit emphyteusin recte posse maritum vxori stipulari contra regulam, *l. stipulatio ista, § alter. ff. de verb. obl.* quod nos latius diximus *in tract. de acq. emph. q. 16. n. 18.* Quatenus autem hæc ordinatio loquitur in cōcessione simpliciter facta pro vno filio, valde notabilis est, quæ probat, validam esse hanc concessionem pro vno filio, in quo sane iuris regulis videtur aduersari, si consideres, huiusmodi concessionem incertam esse, & nihil magis de iure actū vitiare, quam incertitudinem, *vt tradunt Socin. in l. quidam relegat in. ff. de reb dub. n. 13. Ruin. lib. 2. cons. 36. n. 9.* resoluentes testamentum infirmari, si incertus, in eo heres scriptus reperiatur, & consequenter, si quis vnum ex agnatis suis heredem scripsit, simpliciter nullo addito signo, ex quo possit colligi, de quo senserit, certe nihil egit, vt explicant Socin. & Ruin. *d. loco.* Vbi *Ruin. n. 6.* proinde probat ineptam esse institutionem, si quis vnum ex fratris filiis heredem instituat, si modo frater plures habeat filios. Inest enim hoc casu incertitudo vitians, quoniam ignoramus, de quo ille magis senserit, *l. antepen. ff. de reb. dub. gl. pen. ad fin. in l. si quis a filio, 32. §. pen. ff. de leg. 1.* Ex quibus dubia videtur huius ordinationis dispositio, quatenus probat, validam esse cōcessionem emphyteuticam pro vno filio, nullo addito signo, quo possimus intelligere, de quo senserit dominus, qui concessit. Quæ obiectio confirmari potest ex multis cumulatis per Hippolyt. *in rub. de probatio. a n. 350. præsertim n. 381.* vbi de incertitudine personæ agit, *& nu. 387.* incertitudinem vitiare emphyteuticum contractum probat.

Nihilominus † tamen defendi lex nostra Regia potest, ex eorum traditione, qui probāt, valere quidem fideicommissum, seu legatum relictum, vni ex agnatis, seu de familia, quem heres elegerit, seu nominauerit, vt placuit Caio *in l. vtrum. 8. §. 1. ff. de reb. dubiis*, firmat Paul. *in l. captatorias, n. 3. C. de testa. milit. Couar. in c. cum tibi. nu. 11. ad fin. de test.* resoluentes proinde recte posse maritum tertiam vni ex filiis relinquere, quem eius vxor elegerit: quo argumento, in casu legis nostræ recte potuit emphyteusis concedi pro vno ex filiis, quem pater aut mater, superstes, nominauerit. Quæ sane resolutio in legatis, & huiusmodi nominationibus, quæ non exigunt, expressam & indiuiduam dispositionem defuncti, admittenda est secundum Baldum, Angel. & Imol. *num. 3. ad finem, in leg. illa institutio, ff. de hered. instituen.* negantes, in institutione heredis, id obseruari posse, in qua requiritur, expressa testatoris dispositio, & heredis nominatio, sequitur

Corneus *in dict. l. captatorias, nu. 4. C. de testam. milit.* Quibus ego adhærendum non censeo, quoniam intelligo verius & receptius esse, hac in re nullam fore constituendam differentiam inter legata & heredis institutionem, *l. si seruum. 111. §. huiusmodi. ff. de legat. 1. § sed neque Institu. de legat.* ita in specie Bartol. *in l. quidam relegatus, ff. de rebus dubiis nume. 3 Guliel. in cap. Raynutius. verbo condidit, in 1. num. 4. de testam. Rum. cons. 36. nu. 9. libr. 2.* & est communis resolutio, *secundum Paris. lib. 3. cons. 38. nu. 47.* Est est ratio, quia nominatio, seu electio facta de commissione defuncti, ab eodem dicitur facta, *l. pater. 22. in fin. ff. de manumiss. vind.* Quo etiam argumento, nominatio ex commissione dominica, quasi a domino facta defendi potest, *l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.* Verum hæc non videntur soluere difficultatem, si consideres, locum habere dumtaxat. vbi nominatim est cõcessa, nominandi seu eligendi potestas, quæ in casu legis nostræ, non interuenit, siquidem vt ex verbis illius constat, solum fuit concessa emphyteusis, pro vno filio.

3 Qua † ratione dicendum est. in ea concessione, *pro vno ex filiis*, inesse tacitam quandam eligẽdi potestatem parenti a domino directo datam, vt nominatim probat Iureconsultus *in l. si quis 17. §. 1 ff. de legat. 2.* Vbi heres fuit grauatus decem vni ex filiis, seu libertis dare. & nisi vni præstet, omnes ad legatum admittuntur, vt ibi placuit Marcello Iureconsulto, ibi: *Si heres damnatus esset vni ex libertis decem dare, & non constituerit, cui daret, heres omnibus, eadem decem, præstare cogendus est.* Intelligunt nostri interpretes, sub ea verborum conceptione inesse eligendi potestatem, heredi concessam, per quam libere potuit eligere, cui daret, quoniam aliter fideicommissi onus, propter personę incertitudinem, infirmum foret, *l. si fuerit. 11. ff. de rebus dub.* Quapropter ne pereat relictum, interpretandum est, voluisse defunctũ heredi eligendi potestatem concedere, vt obseruarunt Bartol & alii *in dict. leg. si quis, §. 1. & Angel. in §. incertis, num. 2. Instit. de legatis.* & est hic communis sensus *secundum Rumum, lib. 2. consil. 36. num. 8* quorum ego interpretationem diuinatoriam semper iudicaui. Nulla enim ex parte illius responsi colligitur, heredi datam fuisse eligendi facultatem, nisi cũ Socino, *in leg. quidam relegatus, num. 12. ff. de reb. dub.* quem ibi sequitur noster Lusitanus Teyxereia, eruditissimus, *col. 23. ad fin.* Dixeris, ex eo colligi, datam a defuncto fuisse eligendi potestatem, quia verba in heredẽ direxerit, quo casu illi dicitur concessa eligendi facultas, cui magis velit dare, ex notabili glossæ doctrina, *in leg. Lucius, 23. ff. de legat. 2.* Secundum quem sensum, qui verus esse videtur, probatibi Iurecõsultus. quod si aliquis grauatur vni ex certis restituere, ibi data censetur eligendi potestas, quod placuit Angelo, *consil. 311. colum. 1.* & Gomezio *in l. 40. Tauri, num. 49.* & probare mihi plane videtur, Iureconsultus *in leg. vnum ex famil. 1 ff. de lega. 2. in princ.* coniuncta glossa *1.* cum qua ibi Doctores communiter transeunt. Ex quibus in casu legis nostræ respondendum est, concessionem factam marito, & vxori, atque vni ex liberis eorum, validam firmamque esse, submota incertitudinis difficultate, quoniam per supra scripta, censetur parens, qui superuixerit, grauatus vni, quem voluerit, restituere, seu illum nominare. Cuius contrarium erit obseruandum, vbi pater simpliciter emphyteusin, pro vno ex filiis suis fuit stipulatus: in qua specie proprie inest incertitudo personæ honoratæ: siquidem non constat, de quo magis senserint, quare vitiari concessio debet, vt nominatim Angelus probat, *d. consil. 311 colum. 1.* quem ad id citat Tiraquell. *de primogen. quæst. 7. opinio. 9. num. 20.* Quæ traditio & resolutio ad casum legis nostræ, extendi nõ potest, quoniam hic dominus emphyteusin ipsis parentibus concessit, vtendam & fruendam, & deinde vni ex filiis, ad quem emphyteusin peruenire voluit, post parentum scilicet mortem: quocirca superuenientẽ videtur grauasse, vni ex filiis relinquere, seu illum nominare, quia ad eos verba direxit, secundũ Marcelli responsum *dict. leg si quis. 17. §. 1 ff. de legat. 2.* Omnis enim vocatus post eũ, cui primo loco res donata est, intelligitur post illius mortem vocatus, *leg. quoties. C. de donat. quæ sub modo. Bartol. receptus in leg. Gallus, §. quidam recte, nume. 9. ff. de liber. & posthum.* Iuxta quam traditionem hæc lex Regia loquitur in concessione facta in fauorem mariti, & vxoris, pro prima & secunda persona, & pro vno ex eorum liberis, loco tertiæ personæ, seu vitæ, sub hac forma, *Dizendo que elle daua per titulo de prazo em tres vidas, seu em vida de tres pessoas. concedia a sua Quinta a Pero que presente estaua, & a sua molher nano presente pera elles em suas vidas & pera hum filho dantrambos que delles nacer*, id est, *Dixit quod concedebat titulo iuris emphyteutici in tres vitas, vel in vitas trium personarũ, suum prædium Tusculanum Petro præsenti, vxori, dum viuerent, & filio, qui ex vtroque nasceretur.* In qua specie procedere possunt supra scripta, legisque Regiæ dispositio, superstiti parenti, inter liberos eligendi potestatem concedens: non sic, quando pater simpliciter pro vno ex filiis emphyteusin fuit a domino directo stipulatus, quo casu, propter incertitudinem vitiatur concessio *per suprascripta.* Verum quod Angelus *dict. consil. 311.* probat, inutilem esse concessionem factam in fauorẽ vnius ex filiis meis, intelligendum est, quando ego plures habeo filios, quo casu proprie cadit incertitudo, vt habetur *in l. duo sunt Titii. ff de test. tutel.* Ceterũ si vnicum dumtaxat ego filium habeam, emphyteutica concessio minime vitiabitur: quia in illo concessio verificatur, *argument. notat. in leg. 1. & 2. ff. de liber. & posthum.* & quia cessat prædicta incertitudinis ratio.

Antequam † vlterius progrediamur, aduerte legem nostram videri tantum loqui, quando concessio fuit facta in fauorem vnius ex filiis nascituris, ibi, *que dantre elles nacesse*, hoc est, *nasceretur, seu natus fuerit.* Verbum enim illud est futuri temporis, nascituros filios tantum respiciens: quare nos recte exposuimus, *& pera hum filho dantrambos que delles nascer.* 4
Quocirca vtiliter in praxi dubitatum vidimus, *an stante concessione sub forma verborum proxime relata, pera hum filho que delles nascer, possit parens, nominare ante concessionem natum.* Et respondi non posse ex auctoritate Ripæ *in titul. de donatio & ad Trebell. respon. so 6. num. 3 fol. 82.* Vbi in specie resoluit, concessionem factam *pro filiis nascituris*, minime pertinere ad filios iam natos tempore concessionis, ex regula *l. cum prætor, ff. de iudi. & cap. non ne. de præsum.* Inclusio enim nasciturorum, excludit iam natos, quos forte dominus non dilexit. Licet enim *(inquit Ripa)* simplex concessio, pro filiis facta non minus natos, quam nascituros respiciat, vt tradit Aluarotus, *in cap. 1. de eo, qui sibi & heredibus suis, colum. penult.*

tamen

tamen quando pro nascituris facta est concessio, excluduntur iam nati, *vt in cap. 1. §. si mulier. si de feudo fuer. controu. inter dom. & agnat.* Et est in promtu ratio, quia ab inuestitura, seu concessionis verbis, & eorum tenore, nullatenus recedendum est, *cap. 1. de duob. frat. & ibi Bald. & in cap. si cui. de exord. ca. Corr. Curtius sen. consil. 49. cum seq. Peralta in rub. ff. de hered. instituend. fol. 118. & fol. 247. num. 133. tradit Riminald. lib. 3. cons. 437. num. 1. Decius consil. 193. in princ. & 208. numer. 1. Gamma quæst. 38. numer. 2. tradit Iason, libr. 1. consil. 78. num. 1.* latius Bursatus, *consil. 85. a num. 1. & consil. 122. in fin.* resoluens tenori potius cõcessionis, quam rei naturæ standum esse ex Cuttio, *de feudis. 1. part. quæst. 6. nu. 29. late Ceph. cons. 173. nu. 16. cum seq. libr. 2. Parisius libr. 1. consil. 17. Alciatus respons. 166. numer. 6.*

5 Oportet autem filium, de quo agimus, esse legitimum, & naturalem, vt nominari possit ad emphyteusin, huiusmodi concessam *pro marito, & vxore, & vno ex vtriusque filius*, quod illa verba, *que dantre elles nacesse*, id est, *qui ex vtroque nascetur*, plane docent, obseruandum. Nam cum concessio facta sit pro marito & vxore, & eorum liberis, non est, qui dubitare possit, concedentem, de legitimis tantum sensisse. Qua ratione submouendos esse naturales, spurios, & illegitimos, in confesso est. & consequenter stante concessione, de qua in hoc §. 6. recedendum est, a dispositione text. *in §. 5. hoc titul.* Imo neque legitimatus filius huiusmodi obtinebit emphyteusin, ex his quæ diximus, *in tract. de nomin. emphyteu. quæst. 21. num. 31. cum sequent.* Quo argumento neque adoptatus filius nominari potest, *ex his, quæ diximus, ibi, quæst. 13. nu. 9. cum seq.* Non enim sunt huiusmodi filii, vtriusque scilicet mariti, & vxoris, quos tantum posse nominari dominus directus voluit: quẽadmodum etiam supra diximus, nominari nõ posse filium post patris deportationem natum, quoniam is ab alio patre natus dicitur, *vt differuimus ibidem, quæst. 5. num. 13.*

6 Subdit vlterius † legislator, ibi: *Podera nomear hum de seus filhos qual quizer*, qui plane sancire videtur, ad emphyteusin concessam pro vno filio, posse parẽtẽ eligere, & nominare, quẽ voluerit. Intellexit n. legislator hoc casu parẽtem gratificare, vni ex filiis, quem maluerit, argum. notat. *in l. si quis seruũ, 8. §. inter duos, ff. de leg. 2* ibi: *eligere, debet heres cui soluat, & l. si quis 17. §. fin. ff. eod. tit.* In quo sane is text. *in hoc § 6.* est summe notabilis: nam in terminis, in quibus loquitur, nempe quando emphyteusis fuit concessa pro vno ex filiis in primogenitu fauorem, videbatur fore respondendum ex auctoritate Panormita. *lib. 2. consil. 3. num. 2. ad fin.* resoluentis, omnem successionem rei indiuiduæ, ad vnum spectantis, primogenito deferri. *tradit Curtius senior, consil. 66. numer. 9. & 10. & Boerius de custod. clauium, numer. 62. Couarr. libr. 3. resolut. cap. 5. num. 3. & Tiraquell. de primogen. quæst. 17. num. 6. Gomezius in l. 40. Tauri, num. 59. Pinellus in leg. 1. C. de bonis maternis 3. part. num. 17. & prius Soarez in l. quoniam in prioribus, C. de inoffic. testament. ampliat. 10. num... Alexand. libr. 4. consil. 4. num. 5. & lib. 5. consil. 25. Decius consil. 389. num. 6.* Verum quia hæc traditio perpetua non est, neq; semper obtinet, rem aliquam, de cuius successione agitur, tanquam indiuiduam primogenito deferri, vt in specie probat Bart. *cons. 189.* cuius ad id meminit Soarez *d. l. quoniam. fol. 83. colum. 4. ad fin. & Decius in cap. prudentiam. de offic. deleg. colum. 4. Gulielm. in cap. Raynutius. verb. in eod. test. in 1. nu. 176. de test.* nisi concurrat, consuetudo in primogeniti fauorem, vt üdẽ auctores probant, & tradit Alex. *d. cons. 25. lib. 5.* & in materia primogenituræ glossa, Greg. Lopez, *in l. 2. lit. D. tit. 15. part. 2. fol. 44. Molin. lib. 1. de primog. Hisp. c. 11. per totum, & lib. 3. c. 1. in prin. & rursus lib. 1. c. 3. nu. 7.* iusta ratione legislatori hic placuit, patenti electionem præstare, intelligens sub hac eligendi forma seu nominandi consueuisse emphyteusin concedi, neque quicquam magis perpetuum est, quam secundum vsum, & consuetudinem hasce emphyteuticas concessiones intelligere.

Et ita iuxta † hanc interpretationem cessat corũ argumentum, qui dubitant huius legis dispositionem stare posse, propter incertitudinem personæ, 7 *ex regula l. duo sunt Titii, ff. de test. tutel.* eorum etiam, qui ad huiusmodi concessionem factam pro vno filio, omnes filios admittendos fore, non vnum tantum censent, per tex. *in l. si quis ita, 16. vers. 1. ff. de testa. tutel.* vbi, qui filio non expresso nomine dedit, omnibus dedisse, cum plures habebat, dicitur, & ibi obseruauit glossa, vbi plura iura refert. Quoniã non aduertunt, illam dispositionem procedere secundũ mentem, & voluntatem patris, qui omnibus filiis prouidere voluisse creditur. Cuius contrarium obtinet in emphyteusi, quam dominus integrã, & indiuiduam penes vnum manere voluisse, magis dicendum est, quemadmodum in eo, qui maioratum constituit, in fauorem vnius filii, cum plures habebat, vt explicat Gregor. Lopez *in leg. 2. titul. 15. verbo Mayoria part. 2.* Quamobrem lex hæc, quatenus parenti nominandi facultatem de filiis, quem voluerit, clargitur, ortum habuisse videtur a leg. *cum quidam, ff. de legat. 2. & a leg. vnum ex familia, ff. de leg. 2.* vbi grauatus restituere vni de familia, potest quẽ velit eligere, etiam gradu remotiorem. *vt tradit Soc. consil. 227. colum. 4. volum. 2. Decius consil. 218. a nume. 14.* Quo argumento idem est dicendum, in casu nostro, emphyteutam posse eligere, filium iuniorem, eumque nominare omisso maiore: Et hoc multo magis, si consideres, gradus prærogatiuam, quacũque alia præstantiorem esse.

Sed, † *an de filiis digniorem parens ad huiusmodi emphyteusin nominare teneatur?* In dubium reuocatur. 8 Et pro parte affirmatiua, quod filiorum optimus sit nominandus, vrget, si consideres, hac in re parentẽ inter filios tanquam arbitrum constitutum videri: quare digniorem præferre tenetur, vel illum saltem non postponere. *vt tradit Menochius, lib. 1. de arbit. iud. qq. & sent. quæstio. 65. & habetur in leg. fœmina, C. de secund. nuptiis*, ibi: *transmittat vel ad quemlibet ex filiis, dummodo ex his tantum sit, quos nos successione dignissimos iudicamus*, tradunt glossa Bartol & Doctores *in l. cum quidam, ff. de leg. 2. late Palatius, in rubr. de donation. inter virum & vxorem, §. 75. in princip. & per totum Ludouic. Gomezius in cap. 2. num 23. de constitut. in 6. Anton. Gomezius in leg. 17. Tauri, num. 18.* qui hanc sententiam firmant, & vti veram probant; in foro saltem conscientiæ, obseruandam. Peccat namque dignum eligẽs digniore prætermisso quoniam is præferri semper debet, *arg. cap. pen. de electio. in 6.* cuius meminit Anton. Gom. *d. nu. 18.* & est bonus casus *in c. licet ergo, 8. quæst. 1.* ibi: *Vt sciant omnes,*

& certi ſint, quod qui præſtantior eſt, ex omni populo, qui doctior, qui ſanctior, qui in omni virtute eminentior, ille eligitur ad ſacerdotium, faciunt quæ tradit Tiraquell. *lib. de primog. q. 17. & Molina eod. tract. lib. 2. c. 5. n. 50. & 54. cum ſeq.* & eſt tex. ſimilis, *in c. Metropolitano 63. diſt.* ibi. *Et vt ex presbyteris & diaconis optimus ordinetur.* Vbi & in *dict. c. licet ergo.* notant Dd. digniorem ſemper eligendum fore, tradit Rebuffus *in concordatis, pag. 85. ad fin. cum ſeq.* quibus adſtipulatur Tridentina ſynodus *ſeſſione 24. cap. 18.* ibi: *Ex his Epiſcopus eligat, quem magis idoneum iudicauerit*, quorum iurium auctoritate paſſim interpretes noſtri probant, mortaliter peccare eum, qui dignum elegit, ac digniorem prætermiſit, quod ex eo probant, quia huiuſmodi elector, qui digniorē omiſit, legis præcepta contemnit, in quo reus criminis factus eſt, *ſecundum D. Thomam 22. quæſt. 63. articulo primo in reſponſ. ad 3. Panormit. in cap. conſtitutis, num. 7. de appellatio. Adrianus in 4. tit. de reſtit. §. quia iam, verſic. pro deciſione. Maior etiam in 4. diſtinctio. 24. quæſt. 8. col. 1. D. Thomas etiam quolibeto 8. artic. 6. Sotus lib. de iuſtit. & iure, lib. 10. quæſt. 3. art. 3. col. 2. ad finem, & libr. 3. quæſt. 6. art. 2. concluſ. 9. Couarr. in cap. peccatum, pag. 167. poſt Federicum, conſil. 95. quem citat additio Panorm. in cap. 1. de maiorit. & obedien. nume. 2. concordat. Anton. de Padilla, in l. cum quidam, num. 19 ff. de leg. 2. vbi etiam Peralta, nume. 18. tradit Perez in ll. ordinamenti, colum. 255. in princ. vbi plures citat, atque etiam Menchaca, libr. qq. illuſtrium, cap. 43. nume. 14. & 16.* quem vide, & bonum text. *in c. vni. §. omnibus, vt Eccleſiaſt. beneficia*, ibi: *te comperimus culpabilem eſſe, quia debuiſti Eccleſiaſticum officium, & beneficium in perſona magis idonea diſpenſare.* Idque tam diſtributiua, quam commutatiua iuſtitia dictat, *vt tradit Menchaca, dict. num. 16. & lib. qq. illuſtr. cap. 28. nu. 1.* quamuis contrariū probare contendat Caietanus *in ſumma. verbo. electio prælati. & in Ientaculo. 12. quæſt. 4.* reſoluens, eligentem dignum, tutum eſſe in foro cōſcientiæ, & ſi prætermittat digniorem: eo potiſſimū argumento, quia beneficiū principaliter onus continet, *vt in c. cum ſecundum, de praben.* ibi: *eligere ad onus, commendo c. qui Epiſcopatum 8 quæſt. 1. tradit Molin. de primog. c. 5. nu. 46. cum ſeq.* Quod ſane argumētum, non conuincit, quod proinde dignum eligens omiſſo digniore, non peccat, quoniam ſi bene conſideras, in beneficiorum collatione agitur etiam de bonorum diſtributione, inſeparabiliter vnitorum, *cap. ſi quis obiecerit. 1. quæſt. 3.* Quapropter in ea collatione habenda eſt ratio, & perſonarum exceptio, vt ſic cuique pro meritis ſuis prouideatur, aliter peccatum contrahetur, quod ita conuincit ratio Diui Thomæ *d. art. 2. ad primū.* Qua ratione nos aliquando reſpondimus, ad ſucceſſionem maioratus parētem debere eligere filiorum digniſſimum, ſi peccati noxam declinare cupiat. Quo argumento idem fore obſeruandū in parente emphyteuta habente poteſtatem nominandi vnum de filiis, etiam reſolumus, licet verius intelligamus, tutum manere nominatum, liberaſque ædes habere aduerſus digniorem in vtroque foro, ex auctoritate Caietani *22. q. 185. art. 3 gloſſ. verb. magis. in ca. conſtitutis, de appell. & in c. licet ergo, 8. quæſt. 1. ſimilis in c. 3. de iure patron. & in c. 2. de officio cuſtod.* & eſt bonus text. *in cap. monaſterium. 16. quæſt. 17. & in cap. cum nobis, de electio.* & eſt communis reſolutio teſte Couarr. *in regula peccatū, de reg. iur. fol. 167. tradit ſcribentes, in leg. cum quidam, ff. de legat. 2.* & innuit Ordinatio hic, ibi: *qual quizer.*

9 Sed † iam ſeſe offert vtilis, & in praxi frequens quæſtio, *an hæc lex Regia, quatenus parenti inter filios concedit, vt illum ſcilicet nominare poſſit, quem maluerit, procedat habeatque locum in emphyteuſi conceſſa, antequam hæc lex Regia fuiſſet condita?* Quę ſane quæſtio noſtris Iureconſultis, ac ſenatoribus adeo difficilis viſa eſt, vt contrarium nonnunquam in pluribus cauſſis Senatus noſter cenſuerit, vt plura obſeruauerim areſta, electionem negantia, in fauorem primogeniti filii, & totidem fere concedentia. Vt autem huius rei difficultas facilius extricetur, animaduerto plures in hac re conceſſionum emphyteuticarum formas reperiri, quas præmittere nobis opportunum, & neceſſarium viſum fuit, ad materiæ perfectam cognitionem. Solet enim ſub triplici forma, eademque diuerſa, in his regnis emphyteuſis concedi, quarum prima eſt, ſub hac verborum conceptione a lege Regia hic tradita: *Tibi, & tuæ vxori, in primam & ſecundam vitam. & vni vtriuſque filio in tertiam*, id eſt, *Para vos, & voſſa molher em primeyra, & ſegunda vida, & para hum filho dantrambos em terceyra.* Quæ ſimplex appellatur conceſſio ad trium perſonarum vitam facta, nulla prorſus eligēdi facultate conceſſa. Secunda porro forma hiſce ſolet verbis concipi, *& filio vtriuſq; in tertiam vitam, quem poſtremus, qui ſuperuixerit, nominauerit*, id eſt, *E para hum filho dantrambos em terceyra, que o derradeyro que mais viuer nomear.* Quæ, vt vides, expreſſam habet nominandi poteſtatem. Tertia vero conceſſionis forma hoc ſolet modo concipi: *Et filio, vel filiæ vtriuſque, quo non exiſtente, alii cuicunque perſonæ, quam eorum poſtremus, qui ſuperuixerit, nominauerit, aut in vita, aut in hora mortis*, id eſt, *para hum filho, ou filha dantrambos, o qual abi nano auendo para huna outra peſſoa, que o derradeyro delles que mais viuer nomear em ſua vida, ou a hora de ſua morte.* Et hæc ceteris frequentior, & crebrior conceſſionis forma eſt, & ſi recte conſideres, quæſtio, de qua agimus, ſolum incidit in primam, & tertiam conceſſionis formā, nō ſecundam, in qua plane eligendi ſeu nominandi poteſtas conceſſa reperitur. Verum, quia argumenta, quæ reſpiciunt huius quęſtionis deciſionem, ſtāte conceſſione, ſecundum primam formam, differunt ab iis, quæ reſpiciunt tertiam, de vtraque ſeparatim agemus, vt omnis ambiguitas facile remoueatur.

10 Stante † igitur conceſſione ſecundum primā formam ſupra traditam *para hum filho dantrambos*, reſpōdent noſtri ordinis viri rogati, ac ICtiſſimi, ceſſare parentis nominationem & electionem, ſi emphyteuſis eſt antiqua, & ante legem promulgatam conceſſa: Idq; ex antiquo quodam vſu, & ſtylo praxique horum Regnorum deriuatum videtur, ſecūdum quam ad huiuſmodi conceſſionem emphyteuticam ſolus primogenitus vocatus cenſebatur. Quare ante legem hanc conditam, vt illi aiunt, ſemota omni parentum nominatione & electione, emphyteuſis ſolo primogenito, quaſi pro illo conceſſa, adiudicabatur: quam quidem in antiquis praxin, Regnique ſtylum legis habere vigorem lex Regia ſanxit in nouis, *lib. 3. tit. 64.* ibi: *Nano for determinado por ley do Reyno, ou ſtylo, ou cuſtume ſuſodito, &c.* & in prin. ibi: *ou ſtylo de noſſa Corte, ou cuſtume longamente vſado, &c.* & tradunt Turzanius *libr. opin. communis.*

muni concl.96. *Afflict.q.391.nu.5.Rebuff.3.tomo, legũ Franciæ,pag.33,num.22.Pinellus in l.2 part.2.C.de rescind.vendi.cap.4.num.2.fol.106.Cotta in memoralibus, verb.practica. Tiraq.de morte.2.part.declaratio.17.nu.4.* *& Burgensis in proœmio legum Tauri.num.225.habetur in d.l.de quibus,ff de legibus,& in §.ex non scripto. Instit.de iure natur.* Non enim mutanda sunt, quæ certam semper interpretationem habuerunt. *l. minime,ff.de legibus*,attendere namque debet iudex ad consuetam, *c. cum dilectus de consuetud.* Quocirca a recepto vsu & praxi recedere non licet. *Bald.per tex. ibi. in leg. illud. C.de excusatio.tuto.& tradit Zasius d.l.de quibus.num.2. Rochus in cap.fin.de consuet fol.63.num.23.& Molina lib.de primogen.Hispania,libr. 1.cap.2.num.18.cum seq & num.22.* Quamobrem cum constet ante legem nostram, emphyteusin sub præmissa forma concessam, filio primogenito dumtaxat, tanquam pro eo tantum a domino directo datam, adiudicare consueuisse, consequens est, legem Regiam superuenientem, ad futuras concessiones extringendam fore,ex regula,*cap.fin de consti.* Quod præsertim in hac specie obseruandum intellig itur viri doctissimi,qui a prædicta praxis, vsus, & obseruantia Regni a iuris præceptis fomentum capit, si consideras rem emphyteuticam indiuiduam esse,& consequenter necessario, secundum concessionis formam ad vnum tantum filium directam, & distinctam pertinere : Quapropter filiorum primo ea primogenito defertur, ex his, quæ post alios resoluit Soarez *in l.quoniam in prioribus,C.de inoffic.testament.ampliat.10.fol.27.* *Angelus consil.281.* *Alciatus consil.164.Couar.libr.3.resol.cap.5.num.3. & Peral.in l. vnum ex familia,§.sed si fundum ff.de leg.2.num.19.col.3.& 4.*

10 Et† conducunt plura in fauorem primogenitorum,quæ passim a nostris auctoribus adduci,& tractari solent,per tex.*in l.semper.ff.de iure immun.* vbi maioribus natu,& seniorib. excelsior honoris prærogatiua defertur, & commendat Panor *in c.si athumus,nota.2.de maior. & obed.copiose Tiraqu.lib. de primog.in præfat.n.75* Credebant n. veteres grande nephas esse,iuniores senioribus non assurgere. Qua ratione vniuersalis Galliæ consuetudo solis primogenitis successionem,defert, *vt tradit Oldr.cons.224. & cons 94.* vbi de regno Aragoniæ agit, & Angliæ, *Bald. in l. ex hoc iure,col.2. de iust & iure*, de Vngriæ Regno, habetur *in cap licet,de voto*, & de Regno Apuliæ agit *Bald.cons.275.vol.2.col 3.* & de Regno Siciliæ. *Bald.in l.cum antiquiorib.C.de iure delib.* De ceteris vero orbis regionibus agit *Tiraq.lib de primog. in præfatio.num.10.*

11 Confirmatur† hæc resolutio, si consideres emphyteuticam concessionem ab vsu,& regionis consuetudine eo tempore vigente, quo emphyteusis conceditur, semper interpretationem capere, *vt tradit Corneus lib.3.consil.32.num.2 Paris.lib.1. cons.12. num.44.& lib.eod.cons.13.nu.29.* Quare si eo tempore omnis emphyteusis, concessa pro vno filio primogenito adiudicabatur, fatendum est,necessario, in fauorem illius dumtaxat dominum directum concessisse,intelligentem, illum ceteris fore præferendum,& consequenter ex dominica concessione sic interpretata ab vsu & consuetudine Regni, primogenito ius esse saltem spe acquisitum, quo priuari a parente filium iuniorem nominante non potest, *ex auctoritate Bald. in l.si constante, C.de donat.ante nuptias.Palat.in rub.de don.inter vir.§.63.nu.3. Tiraq.in l.connubialibus,gloss.2.num.39.* quo loco,*num.35.* licet concludat damnum non pati, qui spe tantum priuatur, numero tamen 41.resoluit,legem nouam superuenientem(qualis est hæc parentibus,ius & potestatem nominandi vnũ de filiis tribuens) ad præteritas concessiones,quibus primogenito saltem spe est ius quæsitum, nõ trahi: Quod in hoc casu est admittendum , quoniam emphyteusin a domino directo,non a patre filius capit,*ex regula l. vnum ex familia.§.1.ff.de leg 2. Tiraq in l.si vnquam C.de reuocat. donatio.verb.liberos,nu.53.*

Constat† autem hoc casu ius primogenito quæsitum esse,saltem spe,si consideres satis esse in supremo Regis Senatu bis, aut pluries fuisse iudicatum, huiusmodi concessiones emphyteuticas ad solos primogenitos pertinere,eosque dumtaxat respicere,vt ab ea interpretatione,recedere non possimus, ex regul.*l.1 §.hoc autem Senatus.ff ad Syllanian.* quã ad hoc citat Afflictus *in proœmio feudorum, num. 29. & in cap.1.§.quin etiam,numer.6. Episcop.vel Abbat. rursus,& in cap.1.§.sed res,num 44 per quos fiat inuestitura*, licet aliter loqui videatur, Cassadorus, *de præbend.quæst.17.num.fin.* Ex prædictis enim regiis arestis,quædam inducitur consuetudo,secundũ quam iudicatum est,non exemplis,*secundum Bald.in rub. C.quæ sit longa consuetud.ad finem,colum. 1. Rochus in cap fin.de consuet.in fol.141 num.24.tradit Rebuffus in concordat.cap.13.ad finem, Felinus in cap. ne causis, de re iudicata.num 3.& Pinellus in l 2. C.de rescind.vendit. 2.part.cap.4.num.2.* Vbi allegat *l.filius emancipatus. 14.ff.ad legem Cornel.de falsis,ibi.Sic enim inuenis senatum censuisse,tex.in §.pen.Instit. de satisdat.ibi:omnia apertius, & perfectius quotidiano iudiciorum vsu, in ipsis rerum documentis apparent. tex.in l.5.C.de adificiis priuatis,ibi : probatus est, qua in oppido frequenter in eodem genere controuersiarum seruata sunt*,cum aliis,quę de praxi antiqua tradunt Afflictus,*decision.79.ad fin. & decisio. 135.numer.5. Alciatus leg.2 præsumpt.30. & Beerius consil.8. Rebuffus 3 tomo,ad ll.Galliæ post prin. & Cassaneus in proœmio,consu Burg.colum.1 & seq.*in quam rem notabiliter Quintilianus,*libr.12.orat. Instit. cap. 6.* inquit, *Et hercle quantumlibet , secreta studia contulerint est tamen propriis quædam fori professionis alia lux , alia veri facies , piusque si separes vsus sint doctrina, quam citra vsum doctrina valeat.* Fouet enim primogenitum,ex consuetudine,& vsu forensi inducta interpretatio , per quam concessio facta pro vno filio, solum primogenitum respicere censetur,*l.quod si nolit, §. qui assidua.ff.de adil.edicto.leg.si prius,ff. de aqua quotid.l. iuxte. C. locati.tradit Decius, in leg.in stipulationibus a numer.2 ff de regul.iuris,Corneus lib.3.consil 250 num 3.* Et est ponderandum, quia in emphyteutica concessione loquitur,& esse intelligendam,secundum regionis consuetudinem probat, maxime concedentis, *l.si seruus plurium, §.fin. ff.de legat. 1.l. cum alimenta in princip.ff.de aliment. & ciba.legat.l.damnas. §. fin.ff.de vsufructu legato , vel vniuersorum , ff. de pignor. action.* quæ extante consuetudine. hoc ita probat Bartolus,*in leg.vt insularum.s.v.liberi.n.numer 5 ff de oper.liber. versicul. nisi in contrarium.*

Neque vrget † in contrarium regula huius §.5. quatenus electionem concedit,quoniam solum loquitur , & procedit in concessionibus, post illius promulgationem celebratis, *iuxta cap.fin.de consti.* 13

quare ius filio primogenito etiam in spe quæsitum, submouere non potest. *Probus in cap. si ubi absenti de præbend. in 6. num. 20. late Nauarr. in cap. si quando exceptio 14. de rescript. Crotus in l. omnes populi, ff. de iustitia & iure num. 132. Felin. in d. c. fin. de const. colum. 2. ampliat. 4.* qui probant, legem nouam nullum præiudicium afferre iuri etiam in spe, ante illam conditam quæsito. Quæ solutio, & interpretatio vtiliter deducitur ex hac lege Regia iuncto princip. *titul.* a quo iste, §. 5. continuatur. Vbi verba per tempus futurum concipiuntur. ibi: *Tomando alguna herdade de foro,* id est, *se tomar,* id est, *si acceperit aliquem fundũ in emphyteusin.* Est enim verbum gerundii, quod resoluitur in conditionem, id est, *si acceperit*; quare solum loquitur in concessionibus futuris, non iam factis. Idem probatur in d. princ. ibi: *for dado poder que possa nomear.* Quæ verba licet sint subiũctiui modi, nihilominus solum comprehendunt futuras concessiones, *secundũ Crotũ in l. omnes populi, nu. 134. ff. de iustit. & iure.* & ita intelligenda illa verba rubr. huius tit. ibi: *a que he dado poder,* nempe in concessione futura: aliter si lex vellet comprehendere etiam concessiones præteritas, vtique contrarium foret respondendum ex Croto *dict. leg. omnes populi. numer. 136 & Felin. dict. cap. fin. de constitut. colum. 1. in fi. ampliat. 3.*

15 Sed † prædictis non obstantibus, plurimis contraria sententia verior visa est: imo quod nominatus filius, præualere debet, illiq; adiudicari emphyteusis, ad quam fuit per parentem nominatus, & si ante legem conditam concessa fuerit. Nam etsi admittamus legem nouam, concessiones tantum futuras, non præteritas respicere; nihilominus tamen, cum hæc lex Regia declaratoria sit, contrarium dicendum est. Dubitabatur enim, *an exstante concessione emphyteutica sub forma a lege Regia, præfixa heret parenti filium iuniorem nominare omisso primogenito?* Et quamuis vsus & praxis primogenito suffragaretur, tamen contrarium statuit legislator, *ex his, quæ diximus supra num. 6.* Quare non minus hæc lex Regia præteritas, quam futuras concessiones, respicit ac comprehendit, non obstante regula, *d. cap. fin. de constit.* quæ non procedit in sententia declaratoria, *Felin. d. cap. fin. num. 4. de constit. Iason. in l. dubium C. de legib. a num. 10. & in l. si is, qui pro emtore. ff. de vsucap. num. 17. cum seq. Crotus in l. omnes populi, num. 133. ff. de iust. & iure.* Verum tuta traditio non est. habito pro constanti, ante hanc legem conditam, huiusmodi emphyteusin primogenito adiudicari cõsueuisse, idque regni praxin obseruare, quo casu dici hæc lex declaratoria posset, nominandi potestatem concedens, contra id, quod praxi vsuque forensi receptum erat ex Felin. *in dict. cap. fin. de constit. num. 6.* Quare firmum hoc argumentum nunquam visum fuit.

16 Verum † efficacius vrget aduersus primogenitum, quod tradit Felinus *in dict. cap. fin. de constitut. num. 11.* resoluens, legem nouam, comprehendere casum præteritum, consummationem, seu perfectionem, percipientem post legis nouæ publicationem. Comprobat ex multis Nauarrus *in c. si quando, de rescript. pag. 80. ad fin.* & probat lex Regia, *lib. 4. tit. 75. §. pen. in antiquis,* vbi satis in proposito ꝓbat, horum regnorum vsum, & praxin, ante illam legem conditam, & publicatam, filiis secundo nubentis æqualiter detulisse bonorum successionem, quamuis parens aliqua bona obtinuisset, succedens filio primi matrimonii: Quem vsum & praxim Rex Lusitanus anno 1512. emendauit statuens, deinceps hereditatem parentibus obuenientem per mortem, & successionem alicuius filii prioris matrimonii, eiusdem matrimonii filiis, si parens ad secundas nuptias conuolasset, tribuendam fore in solidum, *vt eod. tit. lib. 4. titul. 91. §. 2.* in nouis constitutum est, & de iure communi *in l. fœmina, C. de secund. nupt.* At quia ea dispositio noua erat, & vsus, atque praxis, quæ ante obseruabatur, contraria, poteratque in foro disceptari, an ea noua dispositio comprehenderet etiam caussas præteritas, vtiliter *in eo §. penul.* statutum est, comprehendere, dummodo parens, de cuius hereditatis diuisione agitur, decedat post illam legem promulgatam. Vides, qualiter lex Regia loquitur, quando parens secundo nubens, ante legem illam conditam filio successit, & consequenter, quando filiis secundi matrimonii, iam erat ius quasi quæsitum, *vt voluere gloss. & Doctores, in l. 3. C. de ino. & fact. ign.* & nihilominus, quia ius illud filiis quæsitũ, in vita, non erat consummatum, sed per mortem ex regula *l. cum heredes, ff. de acqu. possess. & in l. in suis. ff. de lib. & posth. Dd. in d. l. 3.* declarat *d. l. Regia, in d. §. pen.* bona, quæ parens habuit ex hereditate filii prioris matrimonii, filiis eiusdem matrimonii fore in solidum concedenda, si modo parens, post eam legẽ ꝓmulgatam decessisset, secus vero si ante: quia hoc casu ius quæsitum filiis secundi matrimonii, nondum consummatum est, illo vero sic. Plane igitur docet, legem nouam, comprehendere caussam præteritã, dummodo eius perfectio & cõsummatio post eam promulgatam contingat, vt in eo casu, & in hoc istius §. quem disserimus: in quo licet concedamus filio primogenito ius spe fuisse acquisitum, negare non possumus huiusmodi iuris perfectionem & consummationem, a tempore legis nouæ iam publicatæ pendere: Quare secundum illius dispositionem necessario regulanda est, & consequenter in fauorem nominati est ferenda sententia. Concordat Iason, *in l. iubemus, C. de testam. num. 10.* & in terminis hoc obseruandum probat Anchar. *consil. 118.* firmans, emphyteusin concessam pro masculis & fœminis fœminam petere non posse, si superueniat statutum fœminas submouens stantibus masculis. Concordat Crotus *in leg. omnes populi. ff. de iust. & iur. num. 132. Felin. in dict. cap. fin. de constit. col. 3. ampliat. 4. vers. est verum*, qui paulo inferius, licet dubitent, hanc sententiam probat Exea *de pactis, nu. 230.* & comprobat Fanutius *libr. de statut. exclud. fœmin. num. 12. cum seq. part. 2.* quorum sententia a prædicta traditione procedit, quę habet, legem nouam comprehendere casum præteritum, nondum perfectũ, nec consummatum, vt supra scripti auctores resoluunt, & Gomezius *super regulis Cancell. pagin. 970. in regula de publican. quæstio. 6. Tiraquell. de primogenit. quæst. 43. nume. 13. & 17. Brunus consil. 1. a numer. 65.*

Neque † efficax omnino esse videtur Felini, & Croti *vbi supra*, hæsitandi ratio, firmantium ex sola concessione esse filio maiori, quæsitum ius, saltem spe probabili, quod abdicare lex noua superueniens non potuit, *ex reg. quod nostr. de reg. iur.* quoniam respondeo, verum non esse, quod aiunt, in vita parẽtum, filio esse ius quæsitum saltem spe probabili. Contrarium namque probauit Romanus, *cons. 22.* 17

in princ.

in princ. Ancharan.d. consil. 118. intelligens filii ius incipere habere initium post mortem parentum. Concordat Aymon, *lib. 1. cons. 135. nu. 7. in fi. & Marantam in l. is potest ff. de acq. her. ante nume. 256. & Curt. in l. fin. C. de pact. colum. 1.* qui in legitima loquitur, & ibi Iason *nume. 4.* concordat Parisius, *libr. 4. cons. 103. num. 3.* concedens hoc casu filiis ius dumtaxat in spe quæsitum esse, ad emphyteusin petendam, quod idem tradit Parisius, *lib. 1. cons. 4. a nu. 42. & lib. 2. cons. 1. a num. 127.* vbi firmat, hoc ius esse quęrendum, vel saltem esse reuocabile. Concordat Barbatia. *libr. 4. consil. 66. colum. 5. ad fin. tradit post Oldradum cons. 94. Anchar. cons. 81. & Alex. lib. 4. cons. 4. Dec. in ca. Ecclesia sanctam. de constit. num. 52. vers. & licet prædicta responsio.*

18 Quamohrem † etsi cōcedamus hoc casu filio ius quæsitum esse, negare non possumus, spe tantum, & conditionale esse, si patri superuiuat, *vt cum Anchar. probat Barbatia, lib. 4. cons. 7. col. 3. post princip. & Corneus, lib. 3. cons. 51. post num. 12.* & probat Valascus *de iure emph quæst. 49. num. 6. vers. & Pinello*, quare submoneri per legem nouam superuenientem recte potuit, *vt tradit Nauarrus in cap. si quando, pag. 72. versicul. tertio. de rescript.* licet contradicat, perfunctorie Tiraquell. *in ll. c. nnubial. gloss. 2. num. 41.* Sed hæc quoad casum primæ concessionis sufficiant.

19 In † secunda vero forma concessionis, in qua describitur, emphyteusis concessa pro eo filio, qui nominabitur, omnis videtur dubitandi occasio cessare: quia relatiuum *quis*, vel *qui*, sine copula adiectum, restrictiuam habet naturam, per quam præcedentia restringuntur, ad casum relatum, *l. ea tamen adiectio, & ibi Bart. ff. de leg. 3. tradit Corneus, cons. 265. num. 2. libr. 3. & Crotus, in l. omnes populi. ff. de instit. & iur. colum. 1. Decius in regu. actus legitimi, num. 4. ff. de semut. num. 18. Cotta in memorabil. verbo. Quis, late Benicasius, in §. omnium, Inst. de actio. a num. 114.* Quocirca cōcessio emphyteutica pro filio, qui nominabitur, ad eum tantum restringitur, quem parēs nominabit, & hoc iure vtimur.

20 In tertia † vero concessionis forma pendent leges & Prophetæ. Vrgent enim pro vtraque parte non contemnenda argumenta, quibus difficilis hæc quæstio redditur. Credunt enim nonnulli pręferendum esse masculum: alii contra nominari posse fœminam: alii vero dominum directum posse gratificare: denique nonnulli propter incertitudinem, emphyteutin exstingui, & vtile dominium cum directo consolidari. Quę omnia, vt facilius explicemus, operæ pretium erit formam concessionis, de qua agendum est, præmittere, eius verborum sensum, & interpretationem subiungere. Forma autem hæc est, *E para hum filho ou filha, dantrambos, o qual hy non auendo pera hũa outra pessoa, que o derradeyro, que delles mais viuer, nomear, em sua vida, ou a hora da morte*, id est, *& filio, vel filiæ, ex vtroque eoque deficiente alteri personæ, quam eorum postremus, qui superuixerit, nominauerit in vita, aut tempore mortis.* Qui filii masculi partes tuentur, imprimis mouentur ex his, quæ supra in prima concessionis forma adduximus in fauorem primogeniti, intelligentes etiam in hac specie eligendi potestatem parentibus concessam non esse, sed magis masculos secundum ordinem geniture, præferendos esse: & consequēter primogenitum, secundo genito, hunc vero tertio genito, & sic deinceps: denique quemcunque masculum fœminæ, cui in defectum masculorum, dumtaxat locum concedunt. Quod verum esse inter masculos, deducunt, ex illis verbis, *E pera hum filho*, cum his, quæ supra in prima forma obseruauimus. Verum quia illa dictio alternatiua, *ou filha*, cōtrarium præsupponit (nam quemadmodum domino directo placuit, potestatem eligendi filiam parenti concedere, omisso masculo: ita & multo magis dicendum est, placuisse inter masculos, ius & potestatem eligendi concedere, & consequenter præferendi iuniorem, seu illum nominandi) intelligit, illam alternatiuam, in concessione ista emphyteutica eligendi potestatem non tribuere, sed magis ordinem significare, vt primo loco filii, deinde illis nō exstantibus, filiæ succedant, secundum geniture prærogatiuam.

Etenim † in iure nostro, vbi agitur de personarũ 21
maioritate, & præcedentia, ab ordine literæ sumto argumento, ille præualet, qui primo loco nominatus est, quasi dignior, magisque dilectus. Hoc argumento vtitur Gamma, *dec. 260. n. 2.* tex. notab. *l. cum pater. §. pen. ff. de leg. 2.* ibi: *A te peto marite, si quos liberos habueris, illis prædia relinquas, vel si nō habueris, tuis, sine meis propinquis, aut etiā nostris libertis Non esse datum electionem, sed ordine scripturæ factam substitutionem, respondit.* Ecce qualiter testatrix maritum rogauit, vt prædia propinquis mariti, relinqueret, vel suis, aut libertis communibus: & nihilominus respondet Paulus, ordinem scripturæ esse obseruandum, & consequenter ad propinquos mariti, secundum ordinem literæ, prædia pertinere, illisque exstinctis, ad propinquos vxoris, in quorum omnium defectum erunt audiendi liberti, quia vltimo loco vocati, *vt ibidem Doctores, communiter resoluũt, & in leg. pen. C. de verborum significat. vbi Ias. num. 2. & Gomez, in l. 40. Tauri, num. 62.* & est casus, *in leg. heredes mei, 57. §. fin. ff. ad Trebellian.* vbi Papinianus casum descripsit, in quo maritus vxorem grauauit, vt filiis hereditatem restitueret, vel vni eorum, vel nepotibus suis, cui vellet, vel etiam cognatis, cui vellet, ex tota cognatione. Quæsitum fuit, *an data fuisset vxori eligendi potestas, quod alternatiua innuere* videbatur? Et respondet Papinianus: *Inter filios substitutionem fideicommisso factam videri, circa nepotes autem, ceterosque cognatos facultatem eligendi datum: ex ceteris autem cognatis, si nepotes superessent, non recte mulierem electionem propter gradus fideicommissi præscriptos, deficiente vero gradu nepotum, ex cognatis, quā vellet personam eligi posse.* Vides qualiter alternatiue ibi grauata fuit vxor, filiis vel nepotibus, vel etiam cognatis, cui volet, hereditatem restituere: & nihilominus respondet, ordinem scripturæ obseruandum fore, & consequenter hereditatem filiis, deinde, illis non exstantibus, nepotibus restituēdam fore: In quorum omnium defectum, inter cognatos tantum, posse vxorem eligere, cui dare maluerit, Iureconsultus probat. vt ibi glossa obseruauit, *verbo præscriptos, gloss. etiam verbo ordines, in dict. leg. cum pater, § pen. & vt ibique Doctores communiter.* Ordine enim successiuo, *in dict. leg. pen.* videntur primo loco vocati propinqui mariti, secundo vero loco in eorum defectum ipsius vxoris cognati, tertio vero communes liberti, *vt ibi per Bartolum*, & est communis interpretatio. Secundum Gomezium, *in leg. 40. Tauri, num. 62. versic. tertio.* Quod idem in casu

MMM

d. l. heredes mei. §. fin. obseruatur, vbi ordine similiter successiuo, primo loco filiis hereditas restituẽda est, deinde illis non exstantibus, nepotibus, tertio vero loco cognatis: vt ibidem Doctores cõmuniter probant, id ordini scripturæ tribuẽtes, quasi primo loco nominati magis sint dilecti, vt etiam Iuliano placuit, *in l. quoties 41 ff. de vsufructu*, in hæc verba: *Quoties duobus vsusfructus legatur, ita, vt alternis annis, vtantur, qui quidem ita legatus fuerit Titio, & Mæuio, potest dici prius Titio, deinde legatum Mæuio datum: si vero duo eiusdem nominis fuerint, & ita scriptum fuerit, Titiis vsu fructus alternis annis do lego, nisi cõsenserint, vter eorum prius vtatur, inuicem sibi impedient.* Vides qualiter, etiam si copulatiue verba proferantur, ab ordine literæ sumito argumento, ille præualet, qui primo loco nominatus est, secundo vero loco descriptus, ordine successiuo dicitur vocatus, quasi minus dilectus, vt ibi etiam adnotauit gloss. *verbo, deinde.* & probant ibi Doctores. *in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de liber. & posthum.* Concordat Vlpianus, *in l. generaliter 34 § quis ergo ff de fideicommissariis libert.* vbi defunctus centum aureos leganit, pro emendis, liberandisque seruis, Semproniis, qui multo maiori pretio fuerunt æstimati: quare omnes nec emi, nec manumitti poterant: Verum quia oportuit ex pretio centum aureorum, a defuncto cõstituto, eorum aliquos manumitti, quæsitum fuit, *quis nam isto fore sit? & quis eos statuet?* Et respondet Iureconsultus, ordinem scripturæ fore obseruandum, & sic eos liberandos & emendos, qui prius nominati sunt, in hæc verba: *Quid, si plures seruos rogatus manumittere, ad quorundam pretium sufficiat, id quod relictum est, ad omnium vero non sufficiat, an cogendus sit, quosdam manumittere? Puto debere eum cogi, vel eos quorum pretium patiatur, manumittere. Quis ergo statuet, qui potius manumittatur. Vtrum ne ipse legatarius eligat, quos manumittat an heres? Et fortassis quis recte dixerit, ordinem scripturæ sequendum.* Vbi etiam glossa obseruauit, ordinem scripturæ attendendum fore, in his casibus, in quibus de disponentis voluntate, dubitatur, quos maluit præcedere. Quo argumento, in proposita specie, hoc idem videtur obseruandum, quod emphyteusis, concessa pro vno filio vel filia, vbi aliter non est eligendi concessa potestas, masculus primo loco nominatus præcedat, & secundum ordinem scripturæ emphyteusin consequatur, & in eius defectum fœmina.

22 In † confirmationem prædictæ sententiæ nõ minus iuuat Pomponii responsum, *in l. si quis 24. ff. qui & a quibus*, vbi qui creditores habebat, cum vnum tantum seruum manumittere potuisset, plures liberauit, exortam controuersiam, *an omnes, an nullus, cum libertate maneret?* Iureconsultus decidit, ex ordine scripturæ illum dumtaxat, qui prius nominatus est, liberum fieri. Et ita obseruauit etiam glossa, *verbo, scripti*, secundum quem sensum est necessario intelligendum Iuliani responsum, *in l. qui soluendo, 42. ff de hered. instit.* quo loco, docuit, nihil prorsus egisse debitorem, qui plures sibi heredes seruos scripsit: Nam cum nisi vnum, secundum legem Ælium Sentiam, illi liceat heredem facere, & consequenter manumittere, instituens plures nihil agit, propter incertitudinem, quę vitiare solet, *l. duo sunt Titii, ff de testament. tutela.* Quocirca si diuersi nominis seruos, ille ex ordine scribat heredes, primo loco nominatus libertatem obtinebit, vt ibidem gloss. s. communiter recepta adnotauit, & Celsus palam docuit, *in l. qui soluendo. 60. ff. eodem titu. de hered. instit.* in hæc verba. *Qui soluendo non erat, seruum primo loco, & alterum seruum secundo loco heres scripsit. Solus is, qui primo loco scriptus est, hereditatem capit. Nam lege Ælia Sentia ita cauetur, vt si duo plures ve, ex eadem caussa heredes scripti fiat: vti quisque primus scriptus est, ita heres sit.* Et ibi etiam adnotauit glossa penult. Id ex eo obseruandum, quia primo loco nominatus, est magis dilectus. Et est adhoc notabile Scæuolæ responsum, *in l. si non lex, 83. versic. temporibus, ff. eodem titul.* Vbi Iureconsultus casum proponit, in eo, qui soluendo non erat, & duobus, vel pluribus libertatem dedit, eisque hereditatem restitui iussit: quam cum heres institutus sibi suspectam duceret, propterea compulsus adiecit, vt libertates conseruarẽtur: Verum quia vrgebant onera, quæsitum fuit, *an omnibus, vel nulli esset libertas concedenda?* Et respondet Scæuola primo loco nominatum sine difficultate præualere. & audiendum esse in hæc verba: *Igitur si primo loco scriptus heres, desideret adire hereditatem, nulla difficultas erit. Nam si posteriores quoque liberos se esse dicerent, & restitui hereditatẽ desiderent: an soluendo sit hereditas, & omnibus liberis factis, restitui debeat, apud prætorem quæretur. Absente autem primo, sequens desideret, adire hereditatem, non est audiendus, quia si primus velit sibi restitui hereditatem, præferendus est, & hic seruus futurus est.* Vides quam sedulo Iureconsulti scripturæ ordinem obseruent, vt ab eo minime recedendum putent, cum de inuestiganda affectione defuncti agitur, vt sic ille præcedat, qui prius nominatus est. Quod & Imperatori placuit, *in Authent. de heredibus & falcid. § si vero nullus*, ibi: *Damus seruis licentiam libertate donatis, secundum ordinem donationis, per quam eos dominus, denominauerit, secundum hoc habere, in alterutros propositionem*, & ibi glossa adnotauit ordinem scripturæ fore obseruandum, *tradunt Canonistæ, & ibi glossa, in capit. penultim. de election. in sexto, & in cap. mandato, de præbend. eodem libr. glossa fin. in cap. alienus 24. quæst. 1. Panormitan. in cap. Nicolao, de appellatione.*

Ordo † enim sermonis designat dilectionis, seu amoris ordinem, vt sic ille dicatur magis dilectus, 23 qui prius est nominatus, *Angel. & Imola, in leg. qui soluendo, in 2. ff de hered. instit. Bartol. in l. pen. opposito. 3. C de verbor. significa. idem Bart. in l. 1. C. de edicto Diui Adri toll. iate comprobat Iason, in l. 2. § prius. ff de vulgari. a num. 18. Tiraquell. de primog. in princ. num. 37. tradit Baldus, in l. si duas, colum. 1. in med ff de excusatio.* Vbi inter alia probat, ex ordine verborum deduci ordinem, & sensum, & intellectum, *c. in Christo pater, de consecr. dist. 2.* & qui prius nominatur, ceteris maior reputatur. *l. 1. ff. de albo. scrib.* ibi: *antiquissimus quisque prior.* Quocirca Alberic. *1. p. statuto. quæst. 172.* primo nominatum resoluit, tanquam digniorem præualere, & loquitur in casu, quo statuto cauetur, quod bona captiuorum alienata reuocentur per priores, & Ancianos: quibus concurrentibus, inquit præferendos priores, sequitur Ial. *in d. l. 2. ff. de vulga. § prius, num. 21.* Qua ratione in casu nostro, præualere debet, masculus primo loco nominatus, *tradit Panorm. & eius additio in cap. 2. de iudiciis, nu. 18. & Felinus in cap. cum dilecta, de rescript. n. 4.* vbi multa congessit, refert illum cõmendans Petrus

a Biaxius,

a Biaxius *in directorio electionum, quaest. 38. num. 3. vol. 8. tract. fol. 37. tradit Socinus, & eius additio lib. 1. cons. 9. num. 15. cum seq. & latius prosequendo Decius, consil. 95. num. 2. cum seq.* vbi hac in re intelligit nullam constituendam fore differentiam, inter vocatos alternatiue, prout loquitur text. *in l. cum pater. ff. de leg. 2. §. pen. ibi: tuis siue meis*, & vocatos copulatiue, vt etiã loquitur IC. *in l. Gallus, §. 1. ff. de lib. & posthum.* quia semper videtur vocati ordine successiuo, quoniam ex ordine sermonis, inducitur ordo intellectus, caritatis, & dilectionis, *vt concludit Cassaneus, consil. 53. num. 44. vbi plura citat, & Probus in cap. licet, de sepultur. in 6. num. 1.* vbi plura etiam refert, aliquid Cassaneus, *in Catalog. gloriae mundi, 4. part. conside 22 Curtel. lib. de nobilitate, 3 part. num. 16. Marant. pag. 66. nu. 107. cum seq.* qui omnes hanc sententiam probant, quando alternatiua ponitur inter personas, quorũ dispar affectionis est ratio, quemadmodum contingit, *in dict. leg. cum pater. § penultim ff de leg 2. & in d l. heredes mei, §. fin ff ad T reb. & in l. Gallus, §. 1. ff de lib. & posthum.*

24 Quamobrem † in casu nostro, idem est necessario respondendum, quoniam in confesso est, longe ardentius masculos, quam fœminas diligi, *Iason, in l. qui filiabus, num. 22 ff de leg. 1.* Quare concessio emphyteutica facta pro filio, vel filia, ante hanc legem conditam, sane ita intelligẽda est, vt ordine successiuo, in defectum filii masculi admittatur filia: Atq; hæc lex Regia, quatenus electionem concedit, ad nouas non præteritas concessiones restringẽda, necessario sit. *ex reg. cap fin de constit.* Dictio enim illa alternatiua, posita inter masculos & fœminas, in casu legis nostræ, & sic inter personas, magis minusque dilectas, seu inter quas cadit, & datur ordinata affectio, seu dilectio, propria natura alternatiuæ priuatur, & in alternatiuam ordinis conuertitur, *vt in d. l. cum pater, §. penul. ff. de legat. 2. probatur. & tradit Parisius, libr. 3. consil. 21. num. 11. cum seq. Iulius Clarus verbo testamentum, quaest. 80.* Neque aduersus hunc sensum, vrget *l pen C. de verbor. signif.* quæ habet, dictionem alternatiuam positam inter personas honoratas, resolui in copulatiuam, *vt ibi adnotauit post alios Iason. nu. 2.* quoniam Regula illius *l. fin.* non procedit in indiuiduis, qualis est emphyteusis, de qua agimus, secundum communem, *in l. fin. C. de iure emphyteu.* Ita *in d. l. penult.* resoluit Angelus, *num. 1.* & Iason *fallent. 5. Molina, de primog. lib. 1. cap. 6. num. 7.* Quo circa filia alternatiue vocata, post filium ordine successiuo, inuitata censeri debet, ex regula, *l. cum pater. §. pen. ff. de leg. 2. & l. quoties, ff. de vsufructu*, quam vltra prædictus D. Lex ornat, Peralta, *in leg. si quis in princ. ff. de leg. 3 nu. 155. & Aymon. cons. 147. n. 2. lib. 1.* & diximus *in tract. de nomi emph q. 8. nu. 22. & q. 10. num. 38.*

25 Nec longe abest, † quod nostri passim interpretes probant, feudi concessionem pro filiis masculis, & fœminis, ordine successiuo intelligendam esse, vt est videre per Alexand. *lib. 5. cons. 9. & libr. 1. cons. 44. n. 2. Aretinum consil. 162. ad finem. Socinus consil. 257. n. 3. lib. 2. versic. aliquando. Decius consi. 139. Gozadin. consil. 90. num. 8. Ias. in l. 2. C. de iure emphyt. num. 225. Parisi. late consil. 9. a num 30. volum. 1. Couarr.* qui ad successionem maioratus infert, *lib. 3. resolut. cap. 5. num. 5. vers. septimo.* Iuuant hanc partem ea verba concessionis: *O qual hy nam anea. o a hũa outra pessoa, que o derradeyro delles nomear.* Quæ sane verba, si recte cõsideres, solũ eligendi potestatem concedunt, quando non adsunt liberi, qui contrarium plane insinuant, fore obseruandum, quamdiu exstabunt filii, ex regula *l. cũ prætor, ff. de iudiciis, & c. non ne, de præsumt. & l. maritus, C. de procurator.* vbi probatur, quod vnius incluso, alterius est exclusio. Eo enim ipso, quod parentibus est concessa, eligendi seu nominãdi potestas, inter extraneos, eadem negata est inter filios: limitata enim cum reperitur eligendi potestas & restricta ad extraneos, limitatum debet producere effectum, *l. in agris, ff. de acquir. rer. dom.* Quare inter filios standum est ordini sermonis, seu scripturæ, *ex his, quæ supra diximus.* Quod autem illa verba inter extraneos tantum restringãtur, cõstat, si consideres, ea proferri per verbum gerundii, quale est illud, *non auendo*, quod conditionem inducit, *vt tradit Paris. lib 4. consil. 94 num. 5.* Quare illa verborum conceptio, in conditionalem resoluitur, quasi dictum fuerit: *E se nao ouuer dantrambos filho, nem filha, entam o podera o que mais viuer, nomear hũa outra pessoa, estranha qual quiser*, id est, *& non exsistente filio, vel filia ex vtroque tunc is, qui superuixerit, quamlibet alteram extraneam personam eligere poterit ac nominare.* Qui sensus licet a contrario deduci videatur, non leuiter tamen vrget, quoniam in cõtractibus argumentum a contrario sensu validum, firmumque est. *Bald. in leg. apud antiquos, C. de furtis, per Ianter §. cum inter generum, ff. de pact. dotalibus.* vbi pactum, quod dos ad socerum reuertatur, non exstantibus liberis, cessat, si illi exstant. Quo argumẽto & ratione in proposita specie respondẽdum est, exstantibus filiis cessare electionem, siquidem constat illam dumtaxat fuisse concessam, inter extraneos, & consequenter filium masculum primo loco nominatum præcedere debere, *per ea, quæ supra adduximus* Quibus concluditur, masculum præferendum esse, tanquam primo loco vocatum, submota omni eligendi potestate, quæ inter filios cessat: Ideoque in fauorem primogeniti respondendũ est, quoniam is inter filios proximior ordine saltem naturæ, reputatur, iuxta not. *in l. Arethusa. ff. de statu homi.* Quare magis dilectus censetur, *vt tradit Afflictus, in cap omnes filii, num. 13. cum seq. si de feudo fuer. controuer.* quod ex ordine scripturæ deducitur, *ex his quæ tradit Felinus, in d. c. cum dilecta. de rescr. nu. 4. versic. ordo scripturæ, & habetur, in l. cum pater 79. §. pen. ff. de leg. 2.* tradit Paulus, *lib. 1. consil. 159. in princ* in his terminis, quando inter vocatos considerari potest, ordinata caritas, & dilectio, vt cõtingit in proposita hypothesi, in qua longe alius consideratur, erga masculos vel fœminas amor.

Neque † illa clausula, *Pera hũa outra pessoa que o derradeyro, que mais viuer nomear*, id est, *cuilibet alteri personæ, quam superstes nominauerit*, referri potest ad omnia superiora, vt sic etiam inter filios eligendi potestatem tribuat, ex Bartol. *in leg. fin. ff. de rebus dubiis*, asserente, clausulam positam ad qualificandum, vnum capitulum non posse referri ad aliud, citat *l. fin. ff. quando dies legati cedat*, concordat Baldus, *in l. 1. C. de liber. præter. Panormitan. in cap. secundo requisitis, de appellatio.* Quod præsertim procedit, in clausula in fine adiecta, quæ nõ tam facile ad præcedentia referatur, quam e contra, quia præcedentia magis influunt sequentia, quam sequentia præcedentia, *glossa, ale, quisquis ff. ad leg. 3. glossa, & Barto. in l. p... ff. quando dies leg. ced. iuncta Bartol. in l. a... ff. de* 26

cond. & demonst. Roman consil. 303. Decius. 14. colum. 3. tradit Alexand. lib. 1. consil. 48. num. 6. cum seq. (vbi *num. 8.* Bartolum citat, *in dict. leg. fin. ff. de rebus dub.*) *& consil. 158. num. 7. lib. 6. Iason in leg. e. colum. fin. limit. 6. C. de liber. præter. Dec. consil. 91. n. 1. Soc. iun. consil. 26. n. 5. lib. 3. Paris lib. 21. cons. 19 n. 79.* quem vide *cons. 87. a num. 46. eod. lib. & Iason in l. si is, qui pro emtore ff. de vsucap. num. 57. Peralta, in l. 1 ff. de legat. 2. nume. 93. col. 5. Capitius. quæst. 108. num. 10.* & habetur in responso pro Triultiis edito a Collegio Bononiense, *2. part. nu. 24. cum seq.*

Et † quamuis verum sit, quod aliquando ex clau-
27 sula in fine posita, infertur ad declarationem præcedentium, *vt tradit Alexand. lib. 1. cons. 48. nume. 1. & ibi additio. Boerius, quæst. 146. num. 2. & 3. Bertrandus libr. 3. consil. 224. a num. 1. vsque ad 6. Bellonus consil. 18. Aules de prætoriis, fol. 54. colum. 1. Mencbaca, de success. creatio. §. 20. part. 3. post num. 153.* tamen vbi adest diuersa ratio, inter præcedentia & sequentia, clausula posita in fine, nunquam ad priora refertur, *vt explicat Decius in cap. secundo requiris. de appellatio. colum. 2. Bar. & alii, in l. talis scriptura, §. fin. ff. de leg. 1. & Curtius senior. consil. 42. num. 2. Boerius q. 146. num. 5. Corn. lib. 3. cons. 160. num. 4. & lib. 1. cons. 69. litera H Rimunal. in rub. Instit. de donatio. num. 73. Quintilian. Mandos. in regula Cancell. 8. q. 4. num. 5.* Vnde in casu nostro inesse diuersam rationem inter filios, qui in cōcessione præcedunt, & extraneos, inter quos data reperitur nominandi facultas, ea supra scriptis satis liquet; si consideres, inter masculos, & fœminas, sine dubio dari ordinatam electionē & caritatem, quia ardentius multo masculi, quam fœminæ diligūtur. Imo, & inter masculos primogenitus, proximior est, & prædilectus censetur. Cuius contrarium obtinet, in extraneis, ideoque iusta ratione inter eos data reperitur, a domino directo, eligendi seu nominandi potestas, in diuersa item oratione, quare ad illos, dumtaxat referri debet, tanquam restricta ad extraneos, *Paris. libr. 2 cons. 17. nu. 22. Syluanus consil. 49. num. 21. idem Parisius lib. 2. cons. 38. nu. 2.* qui *num. 24. cum seq.* resoluit diuersitatem personarum impedire, quod relatio clausula positæ in fine fieri possit, ad præcedentia.

Vltimo aduersus † patrem, quod nō possit in hac specie filiam nominare exstante masculo, induci
28 commode potest regula. *l. veteribus ff. de pactis*, vbi aduersus stipulantem, fore concessionis verba interpretanda, docet Iureconsultus, & text. *in cap. contraentium, de reg. iur. in 6. & in l. quoties ff. de verbor. obligat.* Secundum quam traditionem, aduersus parentem, qui potuit apertius eligendi potestatem stipulari, ea sane interpretatio tenēda est, quod inter extraneos dumtaxat, non inter liberos potuit eligere sibi successorem: quæ sane videtur tenenda sententia, secundum quam aliquando grauissimi viri legē hanc Regiam restringendam opinabantur, ad concessiones post eam conditam factas, non præteritas comprehendere.

Verum † prædictis non obstantibus, non desunt, qui opinentur, domino directo concedendam esse
29 electionem, vt sic possit, gratificando de filiis, quem maluerit, præferre, ad instar & similitudinem debitoris *ex regula, in alternatiuis, de reg. iur. in 6.* Est enim hic dominus directus debitor, qui quamuis iam parentibus emphyteusin tradiderit initio considerato, illi electio concedenda est, cui malit dare, text. est sing. & notab. in *l. pen. C. de cond. indeb.* vbi debitor equi, aut bouis, vtrumque per errorem soluit, alterū, cui vellet repetere, iam non esse debitorem obiiciebatur, quare creditoris esse electionem, Marcellus, Celsus & Vlpiānus crediderunt: sed initio attente Papinianus, contra cuius opinionem Imperator ꝓbat. Ergo quamuis in casu nostro, dominus ad reitraditionem processerit, eligere de filiis, quem maluerit, poterit: quod in specie mihi visus est tenuisse Baldus. *in c. 1. §. & quia vidimus, nu. 18.*

Vbi quærit de vtili quæstione. In natura concessum, inquit Baldus, fuit feudum in fauorem masculorum, & vnius fœminæ, quando illi non exstabunt. Contingit extinctis masculis, plures exstare fœminas, quærit Baldus, *an primogenita sit feudum sic concessum habitura, an vero nulla propter incertitudinē, an vero sorte quæstio dirimenda sit, denique an dominus directus possit gratificare?* Et pro primogenita, quod ceteras fœminas præcedere debeat, inquit ille facit text. *in l. si quis ita stipuletur, ff. de verb. obl.* cui adde regulam, *l. bonis, §. hoc sermone ff. de verb. sig. cap. non potest §. 1. de præbend. in 6. Doctores, in leg. qui per salutem, ff. de iureiur. Alexand consil 16. vol 4.* quibus pro hac parte in fauorem primogenitæ mouetur Curtius, *lib. feudo. 3 part. num. 20. pag. 227.* Vbi etiam citat notabile Romani Responsum, *consil. 408.* resoluentis, quod vbi testator mihi centum legauit, pro prima filia maritanda, intelligitur legasse pro primogenita, non pro ea, quam ego prius volui maritare, quæ confirmari sententia potest ex his, quę supra obseruauimus, *num. 8.* Quod autem incertitudo vitiat arguit Baldus, *in l. cum ex pluribus, de manumiss. testam. iuncta l. duo sunt Titii, ff. de testam. tutel.* Verum quod sorte sit quæstio dirimenda, facit *lex. 2. C. quando, & quib. quarta pars debeatur, lib. 10.* Ceterum quod dominus possit gratificare, inducit text. *ibi in princ. §. ibi: quem dominus volet* quæ æquior sententia. *d. num. 15* Baldo visa est. Sequitur Baldum Laudensis ibi, *ad fin.* Aluaroto. *in cap. 1. colum. pen. de eo qui sibi & hered. mascul. & famin.* aliter cogeretur dominus ingratū habere vasallum, contra not. *in c. 2. de duob. frat.* Cōcordat Præpos. *d. §. & quia, in fin. & Afflictus, num. fin.* & dicit Curtius *lib. feudo 3. part. nu. 20. in fin.* quod pro hac sententia, Baldi est bonus casus, *in leg. si quis seruum, 8. §. si inter duos, ff. de leg. 2.* Vbi ponitur casus, in quo inter duos quæstio erat, cui potius legatum præstandum foret? Et subdit Iureconsultus posse heredem eligere, cui soluat, & ibi glossa adnotauit, verbo, *debet*, gratificationi locum esse, quod ibidem *in §. sequent.* plane Iureconsultus docuit in hæc verba, *Eligere debet heres cui soluat.* tradit gloss. per textum, ibi, *in l. in naue 3. in fin. verbo dumtaxat, ff. locati.* & comprobari potest tredecim casibus, in quibus gratificationi datur locus a glossa singulari, *in l. fin. verb. gratificationis ff. de relig. & sumt. funer.* Imo plures, quam viginti concessit Peralta. *d. §. leg. si quis seruum. 8. §. si inter duos, a num. 7. ff. de lgae 2. & latissime Tiraquell. de primogen. quæst. 17 opinio. 2.* & in specie Baldum *in dict. §. & quia vidimus*, sequitur Cerier, *libr. primo, de primogenit. quæstion. 20.* & induci potest casus ille notabilis, & difficilis. *in leg. Titius 21. ff. de vsufruct. legato.* Vbi Iureconsultus in hæc verba, *Titio vsusfructus Stychi, aut si nauis ex Asia venerit, decem legata sunt, nō pet. et vsumfructum,*

ante-

antequam conditio decem exsistat., vel deficiat, ne potestas heredi, vtrum velit, dandi auferatur. Ex quibus quidem iuribus, & auctoritatibus, commode defendi potest hæc sententia, in proposita specie ad dominum directum, gratificationis ius spectare: quoniam sumus in dubio, nec constat, de quo ille senserit: quod ex eo præsertim conuincitur, quia in contractibus promittentis, seu concedentis electio est, *vt adnotauit gloss. in l. Lucio Titio 23. ff. de leg. 2.* vbi postquã scripsit legatarii electionẽ esse, quando ad eum verba referuntur, *l. plane 34. §. pen. ff. de legat. 1.* rursus & ad heredem, si ad eum verba sint ordinata, *l. si ita 44. § fin. ff. de legat. 2.* Quod idem etiam in contractibus necessario obseruandum est. Nam si ad promittentem, id est, creditorem verba referantur, illius erit electio, *l. si sic 93. ff. de verb. oblig.* vbi Alciatus firmat receptum, & Anton. Gomez *2 tomo cap. 11. num. 32* Debitoris vero, si ad illum verba dirigantur, *vt in d. l. si ita. §. fin. habetur.* Ceterum, quando sumus in dubio, quia verba neutrum respiciunt, vt in proposita hypothesi, quam tractamus, in qua dominus directus simpliciter emphyteusin concessit, Titio, & eius vxori, & pro vno filio, vel filia: Glossa, *in d. l. Lucio Titio,* distinguendum firmat, inter vltimas voluntates & contractus. In illis enim legatario, & sic creditori est electio concedenda. *l. si ita cui 19. ff. de leg. 2* In his vero cõtractibus, debitori, id est, promittenti, illa electio concedenda est. *l. plerunque 11. §. fin. ff. de iure dot. habetur in regula, in alternatiuis. de reg. iur. in 6.* quæ glossæ traditio communiter recepta est, *secundum Alexand. in l. qui duos, num. 3 ff. de leg. 1. Couar. in cap. indicantem, num. 3. de testa.* & Corneus, qui de ratione differentiæ agit, *in l. pen. num. 3. C. de verbor. sign.* Quæ differentia non solum in alternatiuis concessionibus obtinet, sed etiam in generalibus, seu in genere factis, vt habetur, *in §. hinc autem, Instit. de actio.* coniuncto *§. si generaliter, Instit. de leg. & l. legat. 37. ff. de leg. 1.* Quocirca a glossæ traditione, *in d. l. Lucio Titio 23. ff. de leg. 2* recedendũ non est, quicquid repugnet Alciatus *in l. si quis stipulatus, ff. de verbo. obliga. per tex. in l. qui concubinam 29. §. 1. ff. de legat. 3.* Vbi heredi conceditur electio, non obstãte in legatarium verborum directione. Quamobrẽ super illius tex. interpretatione, insudarunt Doctores, *in l. plane §. pen.* vbi Iason, *nu. 7. ff. de legat. 1.* & Peralta *num. 9. d. l. Lucio Titio.* Quibus addo in casu illius text. constare, testatorẽ sensisse de certa parte, de qua tamen senserit ibi dubitatum fuisse: Quare heredi, qui melius potest defuncti voluntatem declarare, fuit ibi declarandi potestas concessa, ex regula *l. si quis 32. §. pen. ff. de legat. 1.* Quo argumento multo magis in casu nostro eadem potestas domino directo concedenda est: siquidem constat illum voluisse emphyteusin, pro vno filio, aut filia concedere, neque constat, de quo senserit.

Verum † tamen, omnibus his non obstantibus,
30 verius est, nisi fallor, concedendam fore parenti electionem, & ab ea electo filio minore, vel filia fœmina, primogenitum, ab huiusmodi emphyteutica successione omnino submouendum fore. Et præmitto legem hanc regulam, in hoc §. 6. (quatenus concedit, parenti habenti emphyteusin concessam pro vno filio, simpliciter, posse filiam nominare, quamuis illius, nulla prorsus fuerit, in emphyteutica concessione, mentio facta, vt ibi. *e para hum filho que dantre eiles nau esse podera nomear hum ... filhos, ou filhas.*) iuris regulis contrariam esse videri: quoniam concedit, ad emphyteusin pro filio datam, in genere masculino, posse fœminam nominari, contra ea, quæ scripsit Iason, *in l. si quis id quod, num. 23 ff. de iurisdiction. om. iudicũ. & in l. sed si hac. §. liberos ff de in ius vacan. Couar. lib. 2. resol. c. 18. col. 2. Pin ell. in l. 3. C. de bon matern. num. 29.* & in terminis consuluit, *consil. 61. num. 1. cum seq. vol. 1.* vbi expresse consuluit, cõcessa emphyteusi ab Ecclesia pro se, & filiis, & nepotibus, filias & neptes non contineri. Vbi ponit plura argumenta & rationes. Quamobrem in hac specie, quando emphyteusis erat concessa pro vno filio, horum regnorum vsus & praxis, semotis filiabus in fauorem masculi, pronunciabat, intelligens, filias, sub tali concessione, comprehensas non esse: Quamuis Salycetus, *in l. 2. num. 26. C. de iure emphyt.* & quidam alii, quorum meminit Pinellus, *in l. 3. C. de bon matern num. 33.* idem quod hæc lex statuit, tẽnuerint, secundum iuris nostri traditiones, fore obseruandum, intelligentes, iuris regulis legem hanc omnino contrariam non esse. Et hanc opinionem contra Alex. vbi supra, tenuit Carol. Molin. *in consuet. Paris. §. 12 col. 2. & 3.* vbi hanc dicit communẽ sentẽtiam. Quapropter defendi facile potest, legem hanc Regiam, magis declaratoriã, quam correctoriam esse, & non minus præteritas, quam futuras concessiones, comprehendere, *ex Felino in ca. fin. de constit. nu. 4.* sic illius text. dispositionem limitans, vt non procedat in lege declaratoria, tradit Iason, *in l. non dubium, C. de legibus, a nu. 10. & Quintilian in regula Cancell. 32. q. 12. n. 6. & Men. hac lib. quæst. illustrium, cap. 44. num. 2.*

Vbi vero † concessio facta est, pro vno filio, aut 31
filia, nemini dubium est, non magis in fauorẽ masculorum, quam fœminarum, dominum directum processisse: siquidem vtriusque sexus natos, eadem ratione, & sub eadem verborum contextura vocauit: qua ratione quemadmodum concessio pro liberis, aut pro filiis, heredibus, pariter fœminas, & masculos dicitur comprehendere, vt tradunt Iason, & alii proxime citati, quia sub illa verborum conceptione fœmineus sexus continetur, & ita hoc casu, in quo nominatim filia fœmina vocata est, vt firmat Alexand. *dict. §. liberos, dict. l. sed si hac. ff. de in ius vocan. num. 1.* Quamobrem cessare debet omnis sexus prærogatiua, vt explicat Bartol. *in l. iusiurandi, §. si libe ff. de oper. liberto. num. 5. Alexand. in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de liber. & posthum. num. 11. Couarr. lib. 2. resolutio cap. 18. num. 1. ad finem.* Quod in his regnis præsertim procedit, in quibus pariter fœminæ, & masculi succedunt, *iuxta tradita in l. maximum vitium, C. de liber præter.* Quod in cõcessione facta pro filiis masculis, & fœminis obseruandum fore probaui: Bartol. *d. num. 5.* Vnde habito pro constanti in hac specie, quando emphyteusis est concessa, pro vno filio, aut filia, vtrumque sexum æqualiter vocatum esse, vtiliter infertur, posse parentem, filiam omisso masculo filio nominare, ex regula *l. cum ex familia. ... prin. ff. de ... 2* vbi grauatus restituere vni de familia, libere potest, ex agnatione, seu parentela vnum eligere.

Illa † enim alternatiua posita inter filium, & filiam, rem, seu concessionem facit dubiam, & incer- 32
tam reddit, *l. prætor edixit, §. quod autem, ff. de iniuriis. Ias. in l. fin. C. de verbor signif. num. 1.* qua ratione non magis masculo, quam fœminæ, ex concessione

ipsa dici potest ius quæsitum, quemadmodum, in casu, *dict. leg. vnum ex familia.* non magis huic, quam illi dici potest iua quæsitum, antequam a grauato nominetur, & eligatur aliquis, de familia. Est ergo ille filius, vel filia preferendus, quem pater nominabit, quemadmodum & in casu, *d. l. vnum ex familia,* ille præualet, quem grauatus eligit: quod etiam verba huius leg. satis demonstrant, ibi: *Para huna outra pessoa, que o derradeyro delles, nomear.* Nihil enim magis iuris præceptis consentaneum est, quam ex verbis sequentibus concessionis, præcedentia declarari, vt habetur *in l. si seruus plurium. ff. de legat. 1. & in l. qui filiabus eod. titu.* per vnum coim capitulum, aliud declaratur, *Parisius lib. 4. consil. 91. num. 16. & cons. 158. num. 16. & lib. 2. cons. 49. num. 22.* Sic etiam testamenti vna pars declaratur per aliam, *vt per Parisium, lib. 2. cons. 17. num. 21. & latius cons. 38. ante num. 20.* Quocirca, quemadmodum inter extraneos, dominus directus concessit emphyteutæ, ius, & potestatem nominandi: ita etiam eandem concessisse inter filios dicendum est: siquidem ex alternatiuæ dictionis adiectione constat, rem esse dubiam, & ambiguam, neque certo scimus, de quo ille magis sensesit. Quam interpretationem fouet regula, *leg. 2. ff. de iurisd. omn. iud.* vbi concesso aliquo, censentur & omnia concessa, sine quibus illud stare nō potest, tex. *in l. refectionis, 12. ff. commun. prædio.* ibi: *Si per tuum fundum, ius mihi est, aquam riuo ducere, tacite hæc iura sequuntur, vt reficere mihi riuum, liceat, vt adire quam proxime possim, ad reficiendum eum, ego fabrique mei, item vt spatium relinquat, mihi dominus fundi quo a dextra, & sinistra ad riuū eam, & quo terram, limum, lapidem, arenā, calcem iacere possim.* Vides quam multa censeantur concessa, simul ac concessa est seruitus aquæ ducendæ per riuum. Nil mirum ergo, si in casu nostro, videatur, concessam esse at non directo electionem, cum emphyteusin simpliciter concessit, alternatiue pro filio, vel filia: siquidē pp incertitudinē subsistere emphyteutica cōcessio non potest. Nec admittenda est, obiectio asserentium, contractum emphyteuticum, ad instar stipulationis, esse stricti iuris, ex regula, *l. quicquid adstringendæ, ff. de verbor. obliga.* quoniam ne stipulatio infirmetur, extensio ad res & personas, non expressas fieri cōsueuit, vt habetur *in l. si stipulatus fuero per te, ff. de verbor. obligation. Paul. colum. 2. dict. l. quicquid adstringendæ.* Quo argumento, vt firma maneat emphyteutica concessio, de qua agimus, mirum non est, si concedamus parentibus nominandi potestatem. Etenim in dubiis dispositionibus, ea solet obtinere interpretatio, per quam actus, seu dispositio, valet, neque infirmatur, *l. quoties, & ibi Dd. ff. de verb. obl. l. si ita stipulatus, ff. eod. tit.* Quod in hoc presertim casu admittendū intelligo, in quo nulla iuris ratio suadet, maluisse dominum directum emphyteusin, ad masculum potius, quam ad fœminam peruenire. Nā quoad eum, a quo capere emphyteusin non a parentib' dicuntur, *l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* sine dubio omnis cessat ordinata caritas & dilectio. Vnde concedenda parentibus electio est, quam sane dominus interrogatus a principio concessisset: & propterea pro expressa debet haberi, *ex l. tale pactum, §. fi. & ibi gl. ff. de pact.* quod ex natura alternatiuæ positæ inter filios deducitur, ne quomodo maneat superflua, & absq; effectu aliq d operandi, contra notab. Bal. doctrinam, *in rub. C. de contrah. emt. q. 9.* & ea q̄ habētur, *in l. si quando, ff. de legat. 1.* Ex quibus, nisi fallor, hæc videtur obseruanda sententia. Verum quia omnia difficultas, pendet, a solutione adductorum, in cōtrarium, examinandum est, an illa obstent.

Etsi in primis auctores, qui contrariam opinionē 35 probant, mouentur auctoritate ICti, *in l. cum pater, §. pen. ff. de leg. 2.* ibi: *Tuis siue meis, & c. auncta l. heredes mei, 75. §. fin. ff. ad Treb.* vbi ab ordine literæ ille præfertur, qui primo loco, scriptus reperitur: Quocirca videtur, in proposita specie masculum præualere, quoniam, prius, q̄ fœmina reperitur, in dominica concessione nominatus. Quod argumentum ex suprascriptis refellitur, quoniam solū obtinet, qñ inter personas honoratas, ordinata caritas, & dilectio considerari pōt, *vt explicant Bal. in l. pen. C. de verbor. sign. n. 3. Rom. cons. 408. Ias. in l. Gallus, §. quidā recte. ff. de lib. & posth. n. 12. & in d. l. pen. d. n. 3.* Quem quidem ordinem dilectionis, & caritatis, in hoc casu deficere, iam supra probauimus: respectu sc. dñi directi, a quo nō a parentib. emphyteusin capere certum est, *per d. l. vnum ex familia. §. 1.* Quocirca in dño directo illa maioris dilectionis ratio, & consideratio cessat, quemadmodū inter extraneos, cessare voluit Bald. *in l. vni, §. vbi autem, C. de cad. toll. Alex. d. l. Gall. §. quidā recte, n. 11. ff. de lib. & posth. & ibi Ias. n. 19.* Imo si bene cōsideras, illi in hac materia dicūtur dispares, qui ab intestato simul nō cōcurrūt, q̄ si alternatiue vocētur, ordine successiuo vocati cēsentur, *Bar. in d. §. quidā recte, n. 4. vers. & appello receptus ex Ias. ibidē nu. 20.* Quocirca in casu nostro, in quo est cōcessa emphyteusis p filio vel filia, q̄ simul & æqualiter ab intestato succedūt, cessat pdicta regula & traditio, *ex not. in l. maximū vitiū, C. de lib. prater.* & satis videtur pbare Bart. *in l. vt iurisiuran. §. si liberi, n. 5. ff. de oper. liber.* negās, in cōcessione emphyteuseos p filiis, masculis & fœminis, pferēdos esse masculos, nisi patriæ consuetudo, aut statutū municipale, filias a successione exstantib masculis excludat, *tradit Ias. in l. 2. C. de iure emph. n. 187.* Ex quib. pdictū argumētū ab ordine literæ factū, in fauorē filii masculi cōtra filiam nominatā a parente, neq; vim, neq; effectū habere pōt. hoc casu, in quo vertitur q̄stio inter filios & filias, q̄ per *d. l. maximū vitiū,* legesq; regias æqualiter parentib. suis, submota sexus prōgatiua succedunt. Optime tñ cōuenit casui, in quo emphyteusis erit concessa, p filiis & nepotib. Siquidem certi iuris est, q̄ in successione, filii nepotes excludūt. Quocirca emphyteusis p filiis & nepotib. cōcessa, ordine successiuo primo filiis, deinde nepotib. deferri debet, quasi vocatis. secūdū ordinē successionis, *Bar. d. n. 5. Dd. d. §. quidā recte.* & in hoc §. 6. lex Regia id plane docet, quatenus exstantib filiis, nepotē nominari posse, in qua specie sine difficultate pcedūt, q̄ notatur *in d. §. quidam recte,* vbi quando est institutus filius & nepos, quibus ordine successiuo successio debetur, primo loco vocitur institutus filius, secundo vero nepos: quia secundum iuris ordinem necessatium videtur defunctus testamentum condidisse, ne quo modo eius dispositio, & testamentum infirmaretur, si forte mortuo filio, nepos præteritus reperiretur: quæ fuit caussa finalis, instituendi nepotem, non vero, vt simul cum parente hereditatem obtineret: Quocirca cessante dicta ratione finali, si contingat, filium patri superuiuere ad illum insolidū pertinet hereditas, excluso nepote. Quamobrem, quod nostri interpretes profitentur, alterna-

alternatiuam positā inter dilectione dispares, efficere, quod videantur vocati, secundum ordinem scripturæ, vt in l. cum pater, §. penult. ff. de legat. 2. Sane procedit, & admitti potest, quando cōcurrit necessitas illos vocādi saltē caussatiua, ne intestatus decedat, explicant Bartol. & Iason, paulo ante citati. & Alciatus in regula prima præsumptio. 26. n. 5. & in d. §. quidam recte, n. 15. cum seq. & fuit sententia glossæ, 3. in d. §. quidam recte, recepta secundum Iason, ibi. numer. 12. & Alciat. 15. & Decium consil. 236. nu. 1. & consi. 248. n. 5.

34 Cauendum † tamen sedulo est, quia text. in d. §. quidam recte, & auctores supra relati loquuntur, & procedunt, quando filius & nepos, sunt copulatiue vocati: In qua specie, quia auus secundum iuris dispositionem, primo loco filium, eoque non extante, secundo loco nepotem, instituere tenetur, copulatiue si ambos instituit, dicitur ordine successiuo, instituisse. Nos vero loquimur, in vocatis alternatiue, qui longe diuersus casus esse videtur, & adicta interpretatione alienus, quoniam certum est, quod vbi plures alternatiue vocantur, nullus vocatus dici potest: reddit enim alternatiua, incertam dispositionem, quia incertum est & ambiguum, de quo magis senserit disponens, vt habetur in l. si quis 8. §. si inter duos. ff. de leg. 2. & in l. in tēpus 62. §. 1. ff. de hered. insti. & vtrobiq; Doctores communiter. Cuius contrarium obtinet, in copulatiue vocatis, qui sine dubio, instituti sunt in casu dict. l. Gallus §. e. contingat, in quo sine difficultate, filius & nepos æqualiter instituti fuere, adeo quod secundum verborum ꝓprium sensum, non desunt, qui intelligūt, nimis incaute fuisse loquutos, qui opinantur ordine successiuo nepotem non simul cum patre institutum censeri, vt nominatim, in dicto §. 1. l. Gallus obseruarunt Imola, & Aretinus column. 2. & latius Fortunius, a nume. 16. Solomon. 45. & Couarruuias in cap. Raynutius §. 2. num. 4. de testame. qui mouentur ex regula l. interdum 13. ff. de hered. institu. & l. vni, §. Is ita, Cod. de caduc. tollen. & quia non licet a vero, & recto verborum sensu recedere, l. non aliter, ff. de legat. 3. & videtur decisum in l. codicillis 91. §. instituto. ff. de legat. secundo. Quare non video, qualiter scripta, in d. §. 1. l. Gallus, commode nostro casui adaptari possint: & si intelligam, non obstantibus supradictis communi opinioni, quæ habet, filium, & nepotem vocatos in dicto §. quidam, recte censeri ordine successiuo, per textum, ibi secundum glo sensum, qui necessarius est, adherēdum fore. Licet Galeaula numero 15. firmauerit communem sententiam, nullo iure probari. Sed communis defendenda est, & obseruandus receptus sensus, qui habet, institutos filium, & nepotem copulatiue, ordine successiuo, institutos censeri, & consequenter filium primo loco, nepotem vero in eius defectum, si cōtingat, filium decedere, casusque superueniat, in quo nepos, locum patris obtinens, necessario instituendus sit, quæ dicitur fuisse aui intentio, prouidere volentis, ne quomodo nepos testamentum rumperet, non institutus heres, per l. posthumorum, ff. de iniusto rupto. quem sane iuris ordinem, auus dicitur, filium & ex eo nepotem instituens, & obseruasse, lege si duo, 38. ff. de acquiren. hereditat. Bartol. in l. vxorem, §. de testamento, ff. de legat. 3. facit bonus textus, ad med. in l. final. C. de dotis promiss. Nec quod de verborum proprietate obseruandum diximus, mouere quempiam debet, si considerabit, in d. §. quidā recte, vltra ordinem dilectionis cōcurrere necessitatē, instituendi filiū heredem, nō nepotem, quamdiu exstat filius: secundū quam iuris necessitatem, & ordinem scriptum, auus in dubio testatus videtur: quamobrē cessat ex mēte defuncti verborum ꝓprietas, vt in d. §. quidam recte, obseruauit Alciat. n. 16. Verum vbi supra scripta coniecturata mēs aui cessauerit, verborum ꝓprietati standum erit, simul cum filio nepos, vocatus audietur. Vt probat Iureconsul. in d. l. codicillis 91. §. instituto. vt in d §. quidam recte, admonuit Socin. nu. 2. Galeaula, 13. & Rubeus, n. 25.

Vnde † si contingat, me, fratrem heredem instituere, eiusq; filium. & si detur dilectionis ordo, quia magis fratrem, quam filium eius diligere intelligor, sine dubio vterque æqualiter mihi heredes erunt: quia non viget hoc casu illa necessitas instituendi fratrem primo loco, & eius filium secundo, per ea, quæ traduntur in l. fratres. Cod. de inoffic. testam. Quà ratione a verborum proprietate, & recto sensu, recedendum non est, & consequenter vterque audiendus est. l. interdum, in principio, ff. de hered. institu. & probatur in cap. Raynutius, & in cap. Raynaldus, de testament. & in l. si mulieri. ff de vsufruct. accrescen. quod ita cum communi resoluit Alexand. numer. 7. d. §. quidam recte, & Rubeus. 45 post Iason, n. 22. Couar. d. cap. Raynutius, §. 2. nu. 1. Menchaca, lib. de success. creat. §. 20. part. 2. § 120. Licet solus repugnet Bart. in d §. quidam recte, n. 4. intelligens falso, solū ordinem dilectionis sufficere, immemor, quod etiam necessitas, saltem caussatiua, ita disponendi cōcurrere debet, vt ibidem Bart n. 6. docuisse visus est, dum illius § dispositionem limitat, non ꝓcedere, quando testator, instituit extraneum, eiusq; filium, quo casu inquit, æqualiter videntur instituti, & ad hereditatē vocati, vt cum communi ibidem resoluit Galeaula, n 16. Fortunius, 43. concordat Menchaca, d. nu. 120. in fin. licet dubitare videatur Alciatus, d. §. quidam recte. n. 20. 35

Verum † qualiter hæc adaptari valeant casui l. cum pater, § pen. ff. de legat. 2. vbi testatrix alternatiua fuit vsa, in hunc modum, ambiguum est, ibi. A te peto marite, si quos liberos habueris, illis prædia relinquas, vel si non habueris, tuis siue meis propinquis aut etiam nostris libertis. Qua exstante grauaminis forma alternatiue concepta, respondet Iureconsultus, non esse datam electionem, sed ex ordine scripturæ factam substitutionem. Ego vix intelligo qualiter hæc cōueniant dispositioni d. §. pen. dum considero, vxorem ibi maritum, & sic extraneum, heredem instituisse (ad quod minime, secundum iuris præcepta adstringebatur) eumque grauasse filiis, si quos habuisset prædia restituere, deinde propinquis, aut libertis, qui omnes ad hunc effectum, proculdubio extranei erant, & eos vocandi nulla prorsus iuris necessitate vxor tenebatur, & nihilominus ordo scripturæ, obseruandus est, contra naturam alternatiuæ, quæ solet electionem præstare, regul. in alternatiuis, de regulis iuris in 6. quæ sane videbatur in ea specie obseruanda: siquidem cessat necessitas, propter quam a verborum proprietate fit recessus, in dicto §. quidam recte, vt proxime aduertimus. Et vt magis vrgeat difficultas, annotandum censeo Bartolum, in dicto. §. quidam recte, n. 4. vt firmaret secundum ordinem literæ censeri institu- 36

tos, Fratrem, & eius filium, citauit *d.l. cum pater. §. pen.* intelligens, solum ordinem dilectionis sufficere, vt ordo sit scripturę obseruandus: nihilq; omnino referre, sint illi copulatiue, vel alternatiue vocati & tñ nemine discrepante ab omnibus improbatur, qui censent ordinē scripturæ cessare, vbi illa necessitas relinquendi cessat. Tanti enim momenti est ea necessitas relinquendi, vt a vero verhorum sensu, necessario recedendum sit, secundum quem copulatiue vocati æqualiter erant successuri, *ex regula legis Reos, §. cum in tabulis, ff. de duobus reis. leg. prima, C. si plures vna sentent.* Imo, si recte consideres, hęc necessitas totum negotium facessit. Nam si contigat ordine turbato, auum, nepotem, & filium instituere vtique omisso literæ ordine, dicendum est primo loco filium heredem, secundo vero nepotem fecisse, *Bartol. d. §. quidam recte, numer. 6. versicul. quaro quid si testator*, communiter receptus secundum Alciatum, *ibi. nu. 19. Galiaul. 16. & Fortun. 43. & Zas. 39. & Menchaca. de successio. creat. §. 20. parte, 2. n. 122.* Quocirca non est, cur possimus adaptare tradita, *in d. §. quidam recto, dicto §. pen. l. cum pater*, & conseqnēter dispositioni nostræ legis in boc §. 5. Quæ loquitur, quādo emphyteusis fuit concessa, alternatiue, pro filio, vel filia, non copulatiue, in qua specie loqtur textus *in d. §. quidam recte*, & quādo adest vltra ordinem dilectionis ordo qdam necessitatis, relinquēdi, a iure introductus, secundū quem dicitur auus disposuisse, vt iuris præceptis satisfaceret, q quidē dilectionis ordo, & necessitas, tam in casu d. §. pen. quam legis nostræ cessat, vt de se satis patet.

38 Ideoq; † aduerto interpretes nostros intellexisse, in casu *d.l. cum pater, § pen.* appositam fuisse alternatiuam, inter personas affectione dispares, ac proinde respondisse Iureconsultum, electionē cessare, ordinemq, literæ obseruandum fore, semota alternatiuæ natura, & verborum proprietate, secundum quam marito videbatur, eligendi potestas concedenda, quo argumento & simili *in d. §. quidam recte*, auctores nostri intelligunt, a virtute, & natura copulæ recessum fuisse, responsumque ordine successiuo nepotem mortuo filio vocatum, ad hereditatem fuisse: & quamuis exigatur eo casu necessitas relinquendi, vt a natura copulæ recedere possimus, opinantur eam necessitatem, excusari posse, ac superuacuam fore, in casu *d. §. pen. l. cum pater*, vt a natura alternatiuæ recedere valeamus. Sed cur tam varie? Attende lector optime, quoniam id forte explicatum non reperies. Ego opinor, faciliorem esse recessum, a natura alternatiuæ, quam copulatiuæ, & propterea, in illa posse submoueri relinquēdi necessitatem: quæ in hac prætermitti, & excusari non potest. Estque in promtu (nisi fallor) differentiæ ratio, si consideres, copulatiuæ naturam, vim & potestatem esse, vtrumque copulatum æqualiter coniungere, *l. reos, §. cum in tabulis, ff. de duob. reis.* Qua ratione, vbi duo aut plures reperiuntur copulatiue heredes scripti, secūdum verum, & proprium verborum sensum, omnes æqualiter succedunt, vt habetur, *in l. interdum, 13. ff. de heredi. instit.* Quapropter vt a vero sensu recedamus, vltra dilectionis ordinem, placuit oportere, quod concurrat, instituendi necessitas, a qua deducitur tacita mens, & intentio defuncti, quod voluit illam obseruari, ne testamentum infirmetur. Cuius contrarium obtinet, quando plures sunt vocati alternatiue, quoniam eorū nullus secundum verborū ꝓprietatem, vocatus dici potest, ideoq; ne omnino vitietur propter incertitudinem, relictum, ad electionem recurrendū est. Verū si contingat, alternatiue vocati dilectione dispares, rationi consentaneum Iureconsulto visum fuit, electione semota, primo loco nominatum, ex ordine scripturæ ꝓualere, *vt in d. §. pen. habetur.* Secūdum q̃ interpretationem, auctores nostri passim ex *d. §. pen.* deducunt vxorem, plus viri propinquos, quam suos proprios diligere, quoniam ex litera illius tex. patet, vxorē, viri ꝓpinquos prius nominasse quam ꝓprios, & eos præualere Iureconsultus respondet, vt secure cōtra glossam ibi probat, Iason *in l. pen. C. de verbor. significa. limi 3.* Quam sententiam ego minime amplector: agnosco enim, vxorem magis suos quam viri propinquos amare, & econtra virum, suos, vt in fortioribus terminis Iason ipse resoluit, *in leg. prima ff. de vulgari, numer. 46.* affirmans, *vxorem propriam fratrem magis quam ipsum maritum amare*, & proinde subdit, *si mater filium heredem instituit, & ei vulgariter substituit, propriu m fratrem, nolente filio adire hereditatem, substitutus frater patrem excludet, quia a matre fuit prædilectus*, quæ fuit sententia Baldi & Pauli, *in l. fin. C. de bon. qua liber. in princip.* & est communis teste Iason *d. nume. 46.* Vnde absurdum est dicere *in d. § pen.* probari, vxorem maiori amore prosequi mariti propinquos, quam suos, & propterea ibi dilectionis ordinem obseruari, vt nominatim ibi admonuit Paulus, intelligens ordinē sermonis, seu scripturæ fortiorē esse, ordine affectionis: & proinde, in eo *§. pen.* propinquos viri præferri quia primo loco fuerunt scripti, & nominati: & si alias verum sit, vxorem suos prædilexisse: quemadmodum enim necessitatis ordo vincit ordinē scripturæ, vt supra cum Bart. & communi resoluimus, stante copula, ita hoc casu præualet ordo sermonis & scripturæ, vt in specie agnouit Ripa *in l. heredes mei. § fi. post. n. 7 ff. Trebell. & ante, n 9.*

Ceterum †, si dixeris ordinē scripturæ inducere ordinē dilectionis, & ꝑlationis, *vt habetur in l. quoties, ff. de vsufru.* & propterea recte auctores nostros inducere *dict. §. penult. l. cum pater*, ad probandum, vxores, ardentius multo amare viri propinquos, quam suos. Respondeo cum Ripa, *d. loco*, ꝑlationem scripturæ ordinem significare, non dilectionem: at quia Ripa, non docet, quare *in eo §. pen.* vxor mariti propinquos prius nominauerit, ego addo vrbanam quidem illam vxorem fuisse, & prudenter mariti propinquos prius nominasse, ac protulisse. Agnouit enim a dignioribus semper sermonem incoandum fore, *vt tradit Curtilis, libr. de nobilit. 2. parte, a numero 10. & 3. parte, a numero 196. & 4 part. nu. 25. cum seq.* Quare vt marito morem gereret, ac pleniori obsequio mariti animum voluntatemq; demereretur, ꝓpterea a mariti consanguineis sermonem auspicata, illos primo loco vocauit, non q illos magis, quam ꝓprios diligeret, in quo vrbanitatem magis, quam amoris cultum præferri maluit, q minime videtur assecutus Iason *in d. l. pen. C. de verbo. significa. limi. 3.* Totum igitur negotium, in casu *d. § pen.* fecit defunctæ voluntas, quæ voluit, ordinem scripturæ obseruari, non merito eligendi potestatē dare. Colligitur autem ea voluntas, ex verbis fideicōmissi, quibus constat, prius mariti liberos nominasse. 39

nasse; quos verisimile est, ceteris p̃ponere voluisse, ex not. in l. cum auus, Cod. de cond. & demonstrat. & in l. unum acutissimi. C. de fideicomm. Quemadmodum enim illi ab intestato, omnes propinquos excludũt: ita etiam ante omnes videntur a defuncta vocari, quibus exstinctis, eodem argumẽto, & ratione mariti propinquos videtur ad fideicommissum inuitasse: quoniam & hos illũ electurũ, vxor intellexit, si marito electionem dedisset. Quapropter Iurecõsult. omissa electione, ordinem literæ obseruãdum fore censuit, quoniam, & tertio loco, suos propinquos vocauit, quarto vero communes libertos, inter quos etiam dispar electionis ratio obseruatur. Quocirca merito quidem auctores nostri resoluunt, illius §. pen. dispositionem conquiescere, vbi cessat dispar ratio affectionis, quia tunc alternatiua suam naturam retinens, electionem fideicommissario præstabit: Quod ad emphyteuticam concessionem accõmodabitur, vbi concessio facta fuerit pro filio, vel filia, inter quas cessat dilectionis disparitas, & successionis ab intestato, vt habetur, in l. maximum vitium, C. de lib. præt. & consequenter coniecturata voluntas, de qua supra, quod masculum potius, quam fœminam parens nominabit, inspecta iuris communis dispositione, secundum quam regulata emphyteutica concessio, non magis in fauorem masculi, quam fœminæ, dominus directus dici potest processisse: siquidem non magis sua interest, ab illo, quam ab hac pensionem exigere: licet contrarium, in feudis obseruetur, propter quod personale seruitium p̃standum est.

39 Ego † iam diu aliter quidem sum solitus intelligere Iureconsulti responsum in d. l. cum pater, §. pen. ff. de legat. 2. nempe ibi ex verbis testatricis liquido constitisse voluisse ordinem scripturæ, obseruari: quod plane ex verbis illius legis deducens, si consideraueris, ibi vxorem, maritum grauauisse prædia filiis restituere, si quos haberet, quos si non habuisset, eiusdem mariti propinquis, aut ipsius vxoris relinquere, siue etiam communis libertis: In qua specie merito Iureconsul. ordinem scripturæ iussit obseruandum: quia in quolibet alternatiuorum, illa clausula, si filios non habueris, in principio posita, debet repetita censeri: ex his q̃ supra diximus, de clausula in principio posita, quæ cum plura infra scripta respicit, determinabilia, omnia influit, & pariter determinat, secundum quem sensum, ex verbis testatricis liquido constat, voluisse per ordinem primos nominatos præualere.

40 Vnde † si mihi & filio meo, vel nepoti nominando, emphyteusis concedatur, ordo scripturæ videtur obseruãdus, & cõsequenter filius nepotem nominatũ excludet: quia secundum cõmunem sentẽtiam, alternatiua posita inter dispares, quales sunt filius, & nepos, ordinem literæ designat obseruandum, non electionem præstandam, imo si simul cum patre nepos vocetur, ordine successiuo vocatus censeri debet, ex regula l. Gallus, §. quidam recte, ff. de liber. & posthum. & d. l. cum pater, §. penult. ff. de leg. 2. quod secundum vulgi sensum tex. noster, in hoc §. 5. probat, ibi. E non tendo filhos podera nomear hum neto, ou neta. Cum autem tex. ille loquatur, quando emphyteusis fuit concessa pro marito, & vxore, & vno amborum filio, vt constat ibi. Para hum filho que dãtre ellos nacesse, vtique in ea specie, quia filiorum appellatione nepotes contineri non cõsueuerunt, mirum nõ est, si lex Regia, in filiorum defectum nepotes tantum admittat, quominus cõcedentis, & stipulantis intentio, q̃ in fauorem filiorũ p̃cessit, offendatur. Nos vero loquimur, quando pro filio & nepote est concessa emphyteusis, in qua specie similiter exstante filio, negamus, nepotem eligi posse, ex coniecturata concedentis volũtate, qui ordinem successiuum obseruandũ maluit, iuxta not. in l. Gall. §. quidam recte, ff. de lib. & posth. & d. l. cum pater. §. pen.

Neq; † obstabit tex. cum materia, in l. qui soluendo, 60. ff. de hered. instituen. Vbi qui primo loco scriptus est, præualet. Cuius text. argumento Baldus, in l. 1. Cod. de edicto Diui Adrian. toll. resoluit, ad rem indiuiduam ad vnum duntaxat pertinentem, inter plures, primo loco nominatum, solum admitti. sequitur Felinus in cap. cum dilecta. de rescript. numer. 4. & Peraltà in l. cum ita. §. in fideicommisso, numero 5. ff. de legat. 2. Et est ratio, quia reliqui post primum, tanquam contra legem concessionis adiecti, pro non scriptis habentur, l. non dubium. C. de legibus. Quocirca pari ratione, si emphyteuta habens potestatem nominandi vnum, duos, aut plures nominauit, solus primus emphyteusin capiet, vt in specie consuluit, Angelus, consil. 352. numer. 3. & facit text. in l. generaliter 24. versicul. quis ergo. ff. de fideicommiss. libere. Verum si ex concessione emphyteutica filius, aut filia potest nominari, prout in casu, quem tractamus, sine dubio, omisso filio masculo filia nominari potest, per suprascripta, quæ nihil commune habent, cum dispositione dict. leg. qui soluendo, vbi debitor, cui vnum tantum licuit seruum manumittere, plures liberos facere nõ dubitauit, quo casu primo nominato seruo libertas ex ordine literæ conceditur, quæ ceteri pro non adiectis habentur, vt modo diximus. Hic vero, vbi filius vel filia nominari potuit, longe diuersa viget ratio, vt ex se manifestum est. 41

Non † etiam mouere debent, huius legis Regiæ, seu concessionis verba, o qual hy non auendo hũa outra pessoa que o derradeiro nomear, &c. quoniam illud verbum, non auendo, est gerundii, id vnum tantum inducens, & probans, quod exstantibus filiis masculis, vel fœminis, nullo modo extraneus nominari possit, vt tradit Paulus, libr. 2. consil. 23. numero 26. quod & Parisius in l. 1. C. de condit. insertis, confirmat, dum docet clausulam. Si sine filiis masculinis decesserit, solum inducere fœminarum exclusionẽ, exstantib. masculis, sequuntur alii Doctores ibi, & Parisius lib. 2. consi. 8. nume. 31. Quocirca clausula illa concessionis, id tantum videtur significare, quod extranei nominari non possint, quamdiu exstabunt filii masculi, aut fœminæ, non vero ad restringendam nominandi potestatem, inter extraneos dumtaxat, illa verba adiecta censeri debent, quasi concedens nouerit, inter filios nominandi potestatem parentibus elargiri: quod verum non est. Secundum quem sensum procedit, quod supra de argumento a contrario sensu obseruauimus: quod ita intelligendum est, vt ita procedat, ne extraneus nominari possit, quamdiu exstabunt masculi, aut fœminæ, ex filiis. Vel etiam, illud argumentum a contrario non procedit, vbi resultat prauus sensus, & contra iuris regulas. Imola in l. qui testamento. § mulier. ff. de testamen. notat. in l. 2. C. de condit. insert. 42

Quare nullus magis reprobus ſenſus dari poteſt, quam inducere verba ſuper filia, in contractu emphyteutico, adeo ſolemni, contra Bald. vulgatã doctrinam *in rub. C. de contrah. emt. q. 9.*

43 Non † etiam mouet, quod ſupra diximus, feudalem conceſſionem pro filiis maſculis, & fœminis, intelligendam eſſe ordine ſucceſſiuo, ita quod fœminæ in defectum tantum maſculorum videantur vocatæ, *vt in c. 1. §. filia vero, de ſucceſſ. feudi*, quoniam hoc argumentum, de feudo ad emphyteuſin caducum eſt & fragile, vt placuit Bart. *in l. vt iuriſiurandi, § ſi liberi. ff. de oper. liber. n. 5. & Couar. libr. 2. reſol. c. 18. n. 1. poſt princ.* vbi alios refert. Quod in hoc præſertim caſu procedit, in quo inter feudum, & emphyteuſin, contingit euidens differentię ratio Feudum enim ad maſculos pertinere domini directi maxime intereſt, propter perſonale ſeruitium, quod pro eo præſtari ſolet. Quæ eſt ratio, quare regulariter feudum ad fœminam non pertineat, quia militare non valeat, nec domino in bello perſonaliter ſeruire poteſt. Quamobrem quando illam dominus ad feudi ſucceſſionem vocat, intelligitur ordine ſucceſſiuo vocare, quia ſua id magis intereſt, ideoque in hoc caſu concurrit ordo ille dilectionis, per quem ordini ſcripturæ ſtandum fore diximus per *l. quoties ff. de vſuf. & § pen. l. cum pater.* Quæ ſane ratio ceſſat in emphyteuſi, pro qua ſoluitur annua penſio, quam domini magis non intereſt, a maſculo quam a fœmina perſolui. Quæ eſt ratio, propter quam in materia maioratus fœmina vocata dicitur in defectum maſculorum audienda, quia adeſt coniecturata inſtituentis voluntas, qui familiam conſeruare deſiderauit, quod melius per maſculos effici quã per fœminas ſatis notum eſt. Ideoque nil mirum, ſi fœminæ ordine ſucceſſiuo vocatæ intelligantur, *ex Gometio in l. 40. Tauri, nu. 62.* Poſtremo quicquam non vrgent ſententiæ latæ in fauorem maſculorum quoniam multæ aliæ in fauorem fœminarum promulgatæ fuerunt, & plerumq; in gradu appellationis ſententiæ in peius reformantur, *l. 1. ff. de appellat.* Quare exemplis non eſt iudicandum. Sed de his iam ſatis.

ARGVMENTVM.

Extraneus non capit emphyteuſin pro filiis: & ſi nominetur an ei debeatur aſtimatio euicta emphyteuſi: & vnde illa ſoluenda ſit: & gener an nominari poſſit ad emphyteuſin & extraneus reputetur, an vero filia nominata cenſeatur.

SVMMARIA.

1 *Filius adoptiuus non capit emphyteuſin, pro filiis vtrinſq; conceſſam, neq; legitimatus, neq; naturalis, neq; aſcendentes, nec natus poſt deportationem, nec extraneus, nec vxor, nec connaturalis frater.*

2 *Nominatio in fauorem extranei eſt nulla, niſi adſit domini conſenſus.*

3 *Filius primogenitus ab extraneo nominato emphyteuſin repetit.*

4 *Voluntas diſponentis colligitur ex actu nullo.*

5 *Dominus directus poteſt ab extraneo emphyteuſin quaſi extinctam vindicare.*

6 *Nominatio extranei eſt nulla.*

Lex cum a matre, C. de rei vind. non procedit in contractu nullo.

7 *Nominatio extranei ad emphyteuſin teſtamento facta an valeat.*

8 *Æſtimatio emphyteuſis, concedenda eſt, extraneo nominato, euicta emphyteuſi.*

Ius tantum quod teſtator habet dicitur legaſſe.

9 *Ius quod habet defunctus etiam in legato pro anima, dicitur legatum.*

10 *Æſtimatio rei legatæ debetur incapaci vel alii qui rem capere non poteſt.*

Interpretatur l. filiusfamilias, 118. §. ſi quid alicui, ff. de leg. 1.

11 *Emphyteuſis ad heredem peruentura legari poteſt.*

Teſtator ſolum videtur legare ius quod habet in re niſi de contraria voluntate conſtet.

12 *Legatum emphyteuſis a tertia perſona factum, vtile eſt, ſaltem quoad æſtimationem.*

Legati feudi vſumfructum heres tenetur redimere, aut illius æſtimationem dare.

13 *Emphyteuſis quando nominato extraneo non fuit tradita, neq; æſtimatio debetur.*

Æſtimatio eſt ſoluenda de tertio bonorum parentis.

14 *Gener nominatus, an reputetur extraneus, vt nominari non poſſit.*

Interpret. l. ſeruo legato. 72. ff. de legat. 1. in §. ſi teſtator.

15 *Dotis conſtitutio duplicem continet donationem, quarum altera maritum, altera virum reſpicit.*

Interpret. leg. ex morte, § ſ. mih, Cod. de pact. conuent.

Interpr. l. 3. § fin. ff. de donatio. inter vir.

Dotis conſtitutio ab extraneo facta ſimplex donatio eſt.

16 *Nominata filia cenſetur ad emphyteuſin, licet verba in generum dirigantur.*

Interpretatur lex vni. §. imo magis, C. de rei vxor. actio.

17 *Vxori donata mariti contemplatione a marito dicũtur profecta, niſi conſtet de voluntate donãtis, quod maluit vxori dare.*

18 *Nominatio generi nulla eſt, ſi ſocer illum potius, quam filiam ad emphyteuſin nominare maluit.*

Communicatio honoriſ quando inter coniuges locum habeat.

19 *Filia nominata cenſetur, quamuis verba in maritum dirigantur.*

Interpretatur l. cum pater, 30. ff. de iure dotium, & 22.

20 *Interpretat. l. ſi mater, 12. Cod. de donatio. ante nuptias.*

Donatio facta genero a filia parente, perfecta eſt a principio, & valida apud eum ſoluto matrimonio permanſura.

21 *Donatum a cõſanguineis mariti vxori, marito magis donatum cenſetur.*

22 *Interpret. l. cum pater. 30 ff. de iure dot.*

Dos promiſſa genero filia non debetur, ſed marito cui fuit promiſſa.

Interpret. l. huiuſmodi, 86. §. cum pater, ff. de legat. 1. & nu. 23.

Legatum creditori de debito factum non tenet.

23 *Legatum creditori relictum, tenet, ſi aliquam contineat vtilitatem.*

Dotem teſtamento legatum, filia non confert.

24 *Filia quando eſt incapax emphyteuſis, tunc gener manet nominatus non illa.*

CAPVT

CAPT XII.

1 SVbdit † vlterius legislator *Filho, ou filha que dantre elles nasceſſe.* Hæc conceſſionis forma imprimis excludit filios adoptiuos, qui vtriuſque ſcilicet mariti, & vxoris filii dici non poſſunt, *vt iam ſupra adnotauimus in tract. de nomin. emphyt. q. 13. n. 7 & tradit Hier. Gabriel. conſil. 91. in princ.* Excludit etiam legitimatos, qui eodem morbo laborant, *vt ibidem diximus q. 21. nu. 31.* Excludit etiam naturales filios, qui ſimiliter vtriuſque dici non poſſunt, *vt diximus, q 19. nu. 9.* Excludit etiam aſcendentes, qui ſimiliter non poſſunt, ex ipſis, marito & vxore filii nuncupari neque ab ipſis procreati, & ſic reſtringenda eſt diſpoſitio *l. Regiæ lib. 4. titu. 36. §. 2. & 3 in nouis*, vt procedat in emphyteuſi conceſſa pro filiis vtriuſque, vt aduertimus *d. tract. q. 12. n. 39.* Excludit etiam filium natum poſt patris deportationem, quia natus dicitur a nouo homine, non ab eo, cui emphyteuſis, & nominandi poteſtas fuit conceſſa, *vt diximus ibidem q. 5. nu. 13. cum ſeq.* Excludit etiam omnem extraneum, vt hac l. habetur, ibi. *E porem não podera nomear, outra peſſoa algũa extranha*, & fuit ſententia Baldi *in cap. 1. de ſucceſſ. feud. nume. 2. & diximus d. tract. q. 15. n. 11. & ſupra cap. 4. n. 5.* vbi probauimus vxorem, a marito ad huiuſmodi emphyteuſin nominari non poſſe, *& q. 13. n. 21. d. tract. de nomin.* vbi idem adnotauimus obſeruandum, in collateralibus, quod probat Afflictus *in cap. 1. §. 1. n 13. de his, qui feud. dare poſſ.* Et eſt ratio, quia conceſſio debet reſtringi, ad comprehenſos, ſub verborum proprietate dumtaxat, *vt tradit Socinus iunior libr. 1. conſ. 71. nn. 2.* & ſatis concordat Peralta *in l. vnum ex familia, §. ſed ſi fundum, n. 29. ff. de legat. 2.* intelligens, nullam eſſe nominationem in fauorem extranei factam.

2 Quod † verũ eſſe intelligo extante filio aliquo, aut filia in conceſſione, vocatis, in cuius præiudicium parens, neutiquam poteſt, extraneum nominare, *Socinus iunior, libr. 2. conſi. 104. nu. 15. Gabriel d. conſil. 90.* Addens hoc verum eſſe, etiamſi adiiciatur domini directi conſenſus. Quæ reſolutio, ſane procedit, & admitti poteſt, habito pro cõſtanti, quod parens etiam de dñi aſſenſu, filiis nocere non poteſt, quemadmodum contra Bart. *in leg. qui Romæ, §. Flauius, ff. de verbor. oblig.* tenuerunt, quam plurimi ex auctoritate multorum, quos inferius recẽſebimus. Verum ſi cum Bartolo teneas, poſſe parentem, huiuſmodi emphyteuſin alienare in præiudicium filii, nondum nominati de conſenſu domini, ꝙ nos vti verius in terminis legis noſtræ probamus, contrarium reſoluendum eſt, imo quod eodem modo, adhibito domini conſenſu, extraneum nominare poterit, in eiuſdem filii perniciem, cui ante factam nominationem ius quæſitum dici nequit, *Iaſ. in l. 2. C. de iure emphyt. nume. 214. & Ruinus, lib. 1. conſil. 45. nu. 18* Aliter nullam eſſe huiuſmodi in fauorem extranei factam nominationem ex verbis huius legis Regiæ deducitur, ibi. *Não podera nomear outra peſſoa extranha*, quæ quidem omnimodã potentiam negant, & nominandi poteſtatem auferunt, & aliter factam nominationem nullius roboris & momenti eſſe decernunt, *ex traditis in l. nemo poteſt, ff. de legat. 1.*

3 Sed † iam ſeſe offert vtilis admodũ, & notabilis quæſtio, quam non ſemel in praxi vidimus. Finge, parentem extraneum quendã inutiliter nominaſſe, deinde mortẽ obiiſſe, relictis liberis, quorũ primogenitus ab extraneo emphyteuſin vindicare contendit, tanquam nominatus per l. Regiam *ſupra titul. 36. §. 2. in nouis.* Dominus vero directus extinctam eſſe emphyteuſin prætendit, propterea quod extraneus contra conceſſionis formam fuit nominatus. *Vter rectius agat*, in dubium reuocatur. Pro filio induci poteſt, factæ in extraneum nominationis nullitas. Cuius effectus vis, & poteſtas eſt, minime impediri poſſe aliam ſecundam nominationem ab eodem parente, faciendam: quia quod nullum eſt, nullũ ꝓducit effectũ aut impedimẽtum facere põt. *vt in §. 2. ſup. diximus* Quamobrẽ quemadmodum, is filius, a patre ſecundo loco nominatus poteſt emphyteuſin, ab extraneo inutiliter & contra conceſſionis formam repetere: Ita & hoc caſu, concedendũ eſt, poſſe: ſiquidem tam ex teſtamento heres ſcriptus, quam ab inteſtato parenti ſuccedens nominatus dicitur, & tanquam nominatus petere emphyteuſin poteſt, non eam tantum, quæ pro vno ex filiis nominando conceſſa reperitur, verum & quæ in genere pro eo, quem nominabit, fuit cõceſſa, *vt ſupra titul. 36. §. 4.* probatur. Quocirca cum nominatio facta in fauorem extranei, omnino nulla ſit, a principio, nec nominationis nomen mereatur, *iuxta l. 4. §. condemnatum, ff. de re iudic.* neceſſario fatendum eſt, agenti filio primogenito, minime obeſſe, quominus dicere & allegare poſſit emphyteuſin, de qua agimus, ad ſe tanquam a patre nominatum, ex miniſterio, & beneficio legis Regiæ pertinere.

4 Verum † in contrarium ſeſe offert regula *l. fin. ff. de reb. eorum* quæ habet, ex actu omnino nullo, & inutili, diſponentis voluntatem colligi, qualis fuerit: Ibi n. teſtamẽto infirmo pater rẽ immobilẽ vendi præcepit, tutorque eam obſeruans voluntatem, rem ſine diſcreto alienauit: & recte feciſſe Paulus reſpõdit, non obſtante teſtamenti nullitate: ex eo n. id conſtat, ſic patrem voluiſſe: in quo text. ille ſingularis reputatur, *ſecundum Iaſonem in l. mandata. ff. de officio eius cui man. d. eſt iuriſd. & in l. qui Romæ, §. coheres, n. 31. ff. de verb. oblig. Decius in l. 1. numer. 1. ff. quod quiſque iuris. Aymon conſil. 113. numer. 6. libr. 1. Syluanus conſil. 49 num. 28.* Vbi Pariſium. & alios refert. Secundum quam regulam, in caſu noſtro, in quo conſtat patrem noluiſſe filium nominare, ceſſare debet, cõiecturata, ſeu tacita nominatio, qua filius nititur per d. l. Regiam, *dict. titul. 36. vbi ſupra.* quæ cum ſit præſumta, neceſſario debet ceſſare, vbi conſtat de contraria parẽtis voluntate, quia in claris omnis ceſſat cõiectura, *l. continuus, §. cum ita, ff. de verb. oblig.* quæ pulcra eſt obſeruatio *ad d. §. 3. & 4. d. titul. 36.* vt non procedat, quando conſtat de contraria parentis voluntate, quod emphyteuſin ad filium pertinere noluerit.

Vnde † in caſu propoſito, cum filius ab extraneo nominato emphyteuſin vindicare non poſſit, neceſſario pro domino directo, reſpõdendum eſt, illã poſſe repetere, & extraneum ſubmouere, *per l. Regiam, in hoc §. 6.* quatenus extraneum nominãdi facultatem adimit Eſt enim is vnus de caſibus, in quibus, durante tempore cõceſſionis emphyteuſis extinguitur. Etenim conditionalis cenſetur emphyteutica conceſſio, pro filiis, & nepotibus facta, ſi illi exſtabunt: nam ſi deficiant, conceſſio quoque extraneos non admittens deficit. Vt in conceſſione 5

facta, vsque ad annos sexaginta pro filiis, & nepotibus, resoluit Gregor. Lopez *in l. 10. tit. 31. Part. 3. glos. fin.* quam firmat exstingui deficientibus filiis, aut nepotibus, in quocum gratiam est facta concessio. Concordat Hieron. Gabriel *consil. 83 num. 31.* resoluens, deficientibus agnatis in quorum fauorem emanauit feudalis concessio, ad dominum directum feudũ reuerti, quamuis de illo in fauorem heredis extranei vasallus, testamẽto disposuerit, cui dispositioni dominus directus stare, aut scriptum heredẽ de nouo inuestire non cogitur, *glossa, & Bald. ibi, num. 4. in cap. Imperialem. si de feud. fuer. controuers. Alex. consil. 2. col. 4. num. 10. vol. 5. Ruinus, consil. 143. in fin. vol. 3. Afflictus, q. 385. n. 5. Bald. consil. 275. col. pen. vol. 2.* Qui contrarium resoluunt fore obseruandum, si domini directi accedat assensus in fauorem extranei, licentiam disponendi concedentis: quoniam tunc variare cum nõ possit, dispositioni factæ stare, & nouam heredi extraneo inuestitoram concedere tenetur. Hunc enim effectum producit, ille domini directi consensus, seu disponendi licentia. Vt soluit Gabriel *d. consi. 83. n. 31. cum seq.* Puteum, & Alexandrum referens, ad prædicta vide Gammam *q. 36. n. 1. & 149 n 6.*

6 Sed † prædictis non obstantibus ego tutiorẽ, & multo æquiorem, primam in fauorem filii sententiam esse reor, ex his, quæ supra scripsimus *cap. 5. nu. 8. cum seq.* Quibus non aducitur regula *l. fin. ff. de reb. eorum*, contra filium repetentem huiusmodi emphyteusin, tanquam a patre tacite nominatum, quoniam vt notabiliter admonuit Cassadorus *in decisio. titu. de iure patron. q. 5.* illa regula non procedit, quando lex a principio actui resistens, illum reddit omnino nullum, & inualidum. Quæ resolutio, propositæ quæstioni recte accommodator, in qua lex Regia nominationi factæ in fauorem extranei resistit, eam nullam protinus decernens, ibi. *Porem não podera nomear pessoa extranha:* quæ verba potentiam adimunt, & nullitatem induerunt ipso iure. Quare extranei nominatio, pro infecta habẽda est: & consequenter, quemadmodum nouam in fauorem filii nominationẽ impedire non potest *per ea, quæ scripsimus d. c. 5. n. 8.* ita neq; illam tacitam a lege Regia inductam, *d. tit. 36.* Secundum quem sensum minime obstat filio patri heredem existere, vt proinde illius factum improbare non valeat, *vt in l. cum a matre, C. de rei vindi.* quoniam in hac specie, quam tractamus, filius secũda patris tacita nominatione nititur, quæ a lege Regia præsumitur. Ideoq; prout expresse nominatus filius, aut filia, emphyteusin reuocaret, ab extraneo, allegans, in illius gratiam factam nominationem, nullam omnino fuisse, & propterea licite a patre per secundam reuocatam: ita etiam tacite nominatus, idem libere poterit, omni prorsus hereditatis aditæ remota exceptione & præiudicio; quæ in contractu irreuocabili non prorsus nullo, qualis est hæc nominatio, in extraneum facta, contra formã concessionis, cui sit nulla a principio, nequit expressam, vel tacitam in fauorẽ filii nominationem impedire, vt prediximus. Quocirca nulla iuris ratio filium heredem patris, agentem aduersus extraneum, impedire potest, quoniam dispositio *l. cum a matre, C. de rei vindica.* non procedit, quando alienatio fuit a principio nulla, *vt ibi per sentiunt gloss. Bald. & alii per l. quemadmodum, C. de agricol. & censit. libr. 11. Aretinus, consi. 123. ad fi. nu. 7. Socinus, Gratus, Thom. Gramm. Afflictus, & alii, quorum ad id meminit Pinelius 3. parte, l. 1. C. de bo. mater. numer. 83. limit. 10. & n 95. ad fi. versic. ad regulam.*

Caue † tamen, quia hæc consideratio, solum re- 7
spicit casum, in quo parens, extraneũ in vita nominauit In qua specie conuenit, quod diximus, cõsiderari posse eiusdem parentis mutatam voluntatem, qui cum agnouit, se nihil omnino fecisse, extraneum nominando, filium vel filiam secundum formam concessionis tacitæ, iterum nominauit. Verũ quia hæc consideratio, in ea specie admitti nequit, quãdo scilicet parens, testamento, seu qualibet alia vltima voluntate extraneum nominauit ni fallor, potior censenda est, domini directi caussa, ab extraneo, contra legem concessionis, nominato, emphyteusin repetentis. Nam ne in eo casu detur voluntatis correctio, & mutatio, nõ existit ratio, ob quã filio heredi petendi emphyteusin, actionem tribuere possimus, quoniam nominatus, nec tacite dici potest, repugnante expressa, in fauorem extranei, in testamento facta nominatione.

Sed † *an hoc casu expulso extraneo, sit ab herede nominante, præstanda emphyteusis æstimatio*, quæstio 8
est, in praxi frequẽs, quam in terminis videtur mouisse Baldus *in cap. 1. num. 2. de feud. success.* resoluens, extraneo, cui feudum est legatum, nihil prorsus deberi, quando defunctus per errorem iuris credẽs id sibi licere, legauit: quo casu adeo nihil egit, vt neque æstimatio legatario debeatur. *l. Stycho. 36. ff. de vsufructu lega.* vbi Iureconsulto placuit, legatum proprietatis, ab eo relictum, qui solum vsumfructũ habebat, cum crederet, se rei dominum esse, nullius prorsus momenti esse, quasi minime foret legaturus, si agnouisset, rei legatæ proprietatem alienam esse, concordat Imperator *in l. vxor patrui. numer. 20. C. de legat. & ibi Doctores, & in l. quoddam rerum, §. 1 ff. de legat. 1. tradit Iason in l. si domus, § si fundus, ante n. 12. ff. de legat. 1.* Vbi multa in materia a *nume. 1.* adducit, & Canonistæ *in c. Pastoralis, de donatio.* vbi post alios Barbatia, *nu. 11. & in c. filius noster. vbi Couarr. post alios de testament.* Doctores etiam *in l. seruum filii, ff. de legat. 1. & Corneus libr. 2. consil. 84. colu. 1. & 2. Afflictus in cap. 1. §. 1. qualiter olim feud. nu. 11. Alexand. lib. 6. consil. 19. n. 11.* Quod adeo verum est, vt neque ius superueniens nominato, siue legatario prodesse possit. Vt explicat Corneus *dict. consilio 84. col. 2. in prin.* tradit etiam Socinus iunior, *lib. 1. consil. 74. n 10. cum seq.* Vbi ex multis probat, legatum restringi ad ius, quod testator habet, licet sit eius morte periturum, ne quo modo heres videatur grauatus onere, rem alienam præstandi, & redimendi, seu illius æstimationem dandi, argument. eorum quæ habentur *in l. vnum ex familia, § si rem, ff. de leg. 2.* Vnde si quis emphyteuta rem legauerit emphyteuticam, nec illius æstimationem legatario, eius præstabit heres, *Bartol. & alii d. l. quoddam rerum, §. 1. de leg. 1. Alex. lib. 6. consil. 19. Socin. iun. consil. 74. numer. 20. lib. 1. qui Baldum ad id citat in l. 1. C. de sacrosa. eccles. versic. vlterius quæro, & Alex. cons. 30. colum. 4. versic. & potest assignari ratio, volum. 1. & lib. 4. consi. 2. rursus, & consil. 90. vol. 6. col. fin. versicu secundus,* citat etiam Oldradum *consil. 237.* & Aretinum *in l. apud Iulianum, § constat, ff. de legat. 1.* Et tandem *post num. 20. cum seq.* Socin. hoc ita intelligit verum, quando emphyteusis fuit legata, alicui coniunctæ personæ,

per

per tex. *in d. l. Sycho ff. de vsufr. legat.* Et quod emphyteusis legatæ non debeatur æstimatio, consuluit etiam Ruinus, *lib. 2. consi. 25. nu. 7. & Hieron. Gabriel. consi. 85. n. 10.*

10 Quæ † omnia procedunt, etiamsi legatum relinquatur, pro anima, vt post Baldum resoluit Socin. iunior *d. lib. 1. consil. 74 post n. 20. & Afflictus in cap. 1. §. 1 n. 11. qualiter olim feud.* Nedum ergo idem erit obseruandum, vbi personæ coniunctæ legata fuerit emphyteusis, cui multo magis neganda erit æstimatio, vt cum communi resoluit Socinus *dict. consilio 74. versicul. neque dicatur.* Nam cum nulla sit nominatio in illius fauorem facta contra concessionis legem, quæ filiorum personas dumtaxat respexit, consequens est, eam nullitatem, etiam æstimationem impedire, ex regula *l. non dubium, C. de legibus*, quæ habet, ex actu nullo nihil omnino validum sequi posse, præsertim in proposita specie, in qua, *vt diximus*, hæc lex Regia resistit nominationi, negans potestatem nominandi extraneam personã, quare omnis etiam naturalis impeditur obligatio. *l. si non sortem, in princ. ff de condict. indeb. l. cum lex. vbi Bartol. ff. de fideiuss. habetur in l. 1. §. siquis ita. ff de verbor. obligat.* Aliter enim si æstimatio nominato erit præstanda, non omnino nulla nominatio censeri poterit; quocirca ne lex verbis non rebus imposita videatur, necessario huiusmodi emphyteusis æstimatio, extraneo deneganda est. Concordat Angelus *de testament. gloss. 87. post num. 5.*

11 Ceterum †, quia in contrarium nonnulla vrgẽt, obseruandum censeo, quod vbi res alicui incapaci legatur, vel qui eam aliqua ex caussa capere non potest, ei præstari æstimatio rei legatæ debet, *l. filiusfamilias, 117. §. si quid alicui. ff. de legat. 1.* vbi Iureconsul. in hæc verba, *Si quid alicui, sicut fuerit relictum, vel ius aliquod, quod ipse quidem propter corporis sui vitiũ, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcumque probabilem caussam habere nõ potuit, quanti solet comparari, tantum æstimationem accipiat.* Concordat Iureconsultus *in l. vnum ex familia, §. sed si fundum, ff. de legat. 2.* vbi ponitur casus, in quo res erat vni ex familia restituenda, & quia grauatus heres illam extraneo legauit, respondet Iureconsultus, repetentibus iis, qui sunt de familia, æstimationem legatario præstandam in hæc verba: *Quod si talia verba fuissent, peto ne fundus de familia exeat, heredis heredem propter sequens fideicommissum, quod in exterum collatum est, oneratum intellige, petitio si deinceps ceteris ex primo testamento fideicommissum.* Quo loco, iuncta glos. verbo. *oneratum*, probatur, extraneo fundi æstimationem præstandam, simul ac existentes de familia illum petierint, & ibi notant Doctores communiter teste Segura, *numer. 160. & Peralta, numo. 27.* & fuit sententia Baldi *ibidem, in §. sed si talia.* Et probat idem Baldus *in l. & si dotis. Cod. de iure dotium*, firmans quod vbi maritus legauit, rem dotalem, legatario præstanda est, & Alberic. *2. parte, statuto. q. 2. col. 2.* asserit, hoc idem obseruandum fore, quando forensi fuit res immobilis legata. Verumque sequitur Afflictus *in capit. 1. §. praeterea, num. 81. cum seq. de prohib. feudi alien per Federic.* quamuis Picus *in l. Titia, §. Titia, n. 124. & 126.* pedem firmare non fuerit ausus. Quorum argumento, si emphyteuta extraneo emphyteusin legauit, solis filiis debitam resoluendum est legatario, æstimationem præstandam fore, quemadmodum vtiliter videtur resoluisse Speculator *in titulo de locato, §. nunc aliqua, versicul. 117.* resoluens, quod vbi emphyteuta, rem emphyteuticam ecclesiæ legauit, quam nominare non licet, obtinebit ecclesia rei æstimationem. Quare hoc idem est respondendum in extraneo nominato, vt in specie voluit Faber, *in §. non solum, Instit. de legat. in fin.* vbi est text. idem probans in eo, cui aliena res legata est, ibi. *vel si eam non potest redimere, æstimationem eius dare*, & ibi notant Doctores, *& in l. cum rem alienam. C. de legat. & tradit Corneus, lib. 1. consil. 32. & Couarru. in cap. filius noster, de testam. vbi etiam Barbat. n. 10. Fortunius de vltimo fine iuris, a n. 143 Monchaca de success. creatio. §. 21 a numer. 4. & §. 23 a num 33. rursus & de success. progressu §. 27. nu. 40. cum seq. Menochius libr. 2. sentent. casu, 146. & Gomez tomo 1. cap. 12. post nume. 12 versicul. item quaero.* Vnde si quis legat rem, in qua habet aliquod ius, vel partem aliquam, scienter cẽsetur legare illud ius, vel illam partẽ, quam ipse habet, nec debetur totius rei æstimatio, *l. servi electione, §. penult. & fin ff. de leg 1. l. si domus, §. fin. ff. eod. cum Doctores in l. cum alienam. C. de leg.* Quare legata re aliena ab eo, qui eam esse alienam sciebat, & seipsum in ea habere ius quoddam eius obitu perituruin, id tantum ius legato comprehenditur, *l. vxor patrui, Cod. de legat. & l. quod in rerum, §. 1. ff. de legat. 1.* vbi Alexand. alia adducens banc sententiam probat, & post eum Iason ibi. & vtrobique Bartol. ad idem facit *l. Sycho. ff. de vsufruct. legato. Bald. in l. e. column. 3. C. de sacrosanct. eccles. Alexan. consil. 19. vol 6. col. fin.* quorum opinio communis est, vt asserit Corneus *consil. 83. colu. 2. vol. 2. Iaso. i d. l. vxor patrui. idem Iason consil. 109. vol. 1. Socinus iunior consil. 74. numer. 26. vol. 1.* asserens hoc procedere, etiam si legatum sit coniunctæ personæ, & hoc communiter receptum, & Iason *d. l. quod in rerum, §. 1. notab. 1.* Quæ resolutio cessat, si testator addiderit, velle omnia contenta in suo testamento effectum sortiri, vel onus aliquod legatario adiecerit: his enim coniecturis præsumitur, testatorem ipsius rei æstimationem, vel ipsam rem legare voluisse, quod notat Alexan. *consil. 9 visis, vol. 2. ad finem.* Sed si testator putaret, totam illam rem esse alienam, atque eam legaret, totius æstimatio esset legatario soluenda. *Paulus, Alexan. & Doctores d. l. servi electione.* Vnde legata re aliena scienter, in qua testator habebat ius pignoris, solum legatum censetur ipsum ius pignoris. *Abb. in cap. filius noster. de testam.* Quæ resolutio in casu nostro, præsertim obseruanda est, in quo agitur de re heredis, vel ipsius futura. Etenim certi iuris est, non minus heredis bona, quam propria legari posse, *vt in §. non solum, Instit. de legat. & l. vnum ex familia, §. si rem, ff. de legat. 2. Couarru. in cap. filius noster. de testam. n. 1. & n. 9. vide infra c. 16. n. 20.* Quocirca dicitur non tam ius, quod habet in re, quã totam ipsam rẽ, & sic ius ipsius heredis legasse. *l. cum fundus, §. dominus. ff. de legat. 1. Barto. d. § si rem. gloss. in l. cum rem alienam, 10. Cod. de legat. Corneus & alii, quorum ad id meminit Gabriel. consil. 85. nu 5. & 6. Rubeus. consi. 95. n. 8. & 9. Bertran. lib. 3. consi 36. Ant. Gom. 1. tom. cap. 12. nu. 14. Peralta d. l. vnum ex familia, §. fin.*

Qua † ratione emphyteusis, legatum valet, quo- 12
ties illa ad nominatos heredem est peruentura, vt docuit Ruin. consi. 35. Corneus consil. 84. volum. 2. in fin.

Ange'. in l. quod in rerum, §. 1. ff. de legat. 1. cum aliis quorum adid meminit Gabriel d. consil. 85. numer. 7. & Socinus iunior consil. 124. numer. penult. Corneus consi'. 155. volu. tertio. Ex prædicta ratione, quæ habet, teſtatorem, non ſuum tantum, ſed etiam heredis ius legiſſe videri, ſi res legata heredis eſt, vt reſoluunt Paulus, Imola, & Peralta *in l. is cuius, numer. 26 ff. de legat. 2.* ſic intelligentes text. ibi. *& leg. cum filius, 78. §. dominus eod tit.* & ſic limitantes text. *in l. ſi domus 74. §. fi. ff. de legat. 1.* cum aliis, quibus probauimus, ius tantum videri, legatum, quod teſtator habet, in re, de quo late Ruinus *conſilio 74. libr. 2.* quam limitationem extollit Romanus *ſingul. 735.* & dicit communem Ripa *in l. ſeruo electione. §. final. ff. de legat. 1. numer. 13. Couarr. d. c. filius noſter, de teſtament. num. 3. in fin.* Caue tamen, quia hoc procedit, quando res eſt propria ipſius heredis, non quando eſt feudalis, aut emphyteutica, *Picus in l. Titia, §. Titia, ff. de legat. 2. numer. 126.* Quæ omnia procul dubio rem hanc indifficilem reddere videntur, ſiquidem pro vtraque parte, non leuia vrgent argumenta. Quamobrem Iaſon *in l. uxor in fi. C. de leg.* hanc difficultatem grauem eſſe perpendens, eam ſoluere conatus eſt. Quod idem fecere Paul Imola, & Peralta. *in dict. l. unum ex familia, §. ſed ſi fundum, ff. de legat. 2. num. 27.* Ex quorum traditionibus reſoluendum eſt, verum eſſe, teſtatorem, ius in re, quod habet, videri dumtaxat legaſſe, licet illud morte extinguatur, vt probatur *in prædictis iuribus.* Quod ſane intelligendum in dubio. Verum ſi quo modo intelligere poſſimus, defunctum voluiſſe, ius, quod non habebat, legare, contrarium reſpondendum eſt, ex iuribus ſupra pro ſecunda parte adductis. Vt explicant Alexan. *lib 2. conſil. 9 nu. pen.* & Socinus iunior, *lib. 1. conſil. 74. nume. 18. cum ſeq. Iaſon in d. l. quod in rerum, §. 1. ſub n. 2. & l. ſi domus, §. ſi fundus, ante nume. 16. ff. eod.*

12 Vnde † ſi contingat, emphyteutam nihil legare, emphyteuſin ſua morte extinguendam, & ad dominum directum reuerſuram, & conſtare aliquo modo poſſit, quod voluit, me rem ipſam habere, illius æſtimationem habebo. Vt poſt Baldum, & Imolam *in l. apud Iulianum, §. conſtat ff de legat. 1. & Fabr. in d. §. non ſolum. In ſtitut. de legat. in fi. & Alex. d. conſ. 9. vol. 2.* eſ ſoluit Socinus nepos. *libr. 1. conſilio 124. numer. fin & conſil. 73. num 10. eod. lib. & conſil. 74. nu. 18. & ante n. 22.* ac proinde redimere illam heres tenebitur, aut mihi illius æſtimationẽ præſtare. Iuxta quam interpretationem neceſſario eſt intelligendus text. iuncta gloſ. *in l. Maenius, 68. §. fundo, ff. de legat. 2.* Vbi legato fundo dicitur etiam legatus eius vſusfructus alienus, ſeu ad alium extraneum pertinens, quem oporteret heredem redimere, vel æſtimationem præſtare, vt ibi Iureconſult. probat, & gloſſ. 1. exponit, & eſt communis ſententia *teſte Iaſone d. l. ſeruo electione, §. fin. ff de legat. 1. nu. 22.* quamuis timore contrarii Bartol. *d. §. fundo antonu. 2.* multipliciter illum text. conetur interpretari. & ſi diis placet, ſupplementum addere; intelligens ibi, heredem fuiſſe grauatum integrum fundum dare, & propterea teneri vſusfructus æſtimationem præſtare; ad quod aliter minime compelli poſſit, ex regula *l. ſi domus, 74. §. fin. ff. de lega. 1.* Nam cum defunctus nudam fundi proprietatem habeat, illam tantum in dubio legare viſus eſt, non vſumfructum, ſi alienus ſit. Hoc contrarium adeo Bartolum perterruit, vt varias lectiones comminiſci ad illum textum ceperit. Quarum ea communis eſt, in caſu illius text. dominum proprietatis ſimpliciter fundum legauiſſe, & conſequenter integrum: Qua ratione heres vſusfructus æſtimationem, qui ad extraneum non heredem pertinebat, præſtare compellitur, vt ibi Iureconſultus voluit, & palam probat, cui reſponſo minime obeſt, regula *dict. l. ſi domus. §. fin. ff. de legat. 1.* quæ habet teſtatorem, ius dumtaxat, quod habet in re, quamuis illud ſit caducum, & morte eius omnino periturum, legaſſe cẽſeri, quoniam vt Imola *in d. §. fundo l. Maenius, a olu. 2.* agnouiſſe viſus eſt, & Bertrandus *libr. 3. conſilio 36. ad fin.* ea regula procedit, quando teſtator habet ius legatum, directum nempe aut rei legatæ ſaltem vtile, in qua ſpecie illo iure legatarius contentus eſſe debet, quamuis morte teſtatoris euaneſcat. Quæ traditio locum non habet, quando ille nudam dumtaxat proprietatem habet, vſufructu penes alium manẽte; quo caſu, non dicitur habere plenum ius, ſiquidẽ caret vſufructu, qui partẽ rei dicitur continere, *l. cum filius, 78. §. dominus ff. de legat. 2.* Quare teſtator qui nudam habet proprietatem, fundum, ſimpliciter legans, etiam vſumfructum dicitur legare, qui iã fundi pars eſt: & propterea, quando alienus eſt, illius æſtimationem heres præſtare compellitur *vt in d. § fundo.* Iureconſultus probat: ea nẽpe ratione, quia teſtator, eo ipſo, quod ſimpliciter fundum legauit, & vſumfructum legaſſe viſus eſt, quia fundus in proprietate, & vſufructu conſiſtit. *l. qui vſumfructum. 58 ff. de verbo oblig.* ibi. *quia fundus dari, non intelligitur, ſi vſusfructus detrahitur,* & ibi Bartol. & Doctores, *& in l. ſi ita ſtipulatus. §. Titius, eodem titul. Anton. Gomez 2 tomo. cap. 13. nu. 5.* text. *in l. ſi alii ff. de vſufru. legat.* de cuius ſenſu, & interpretatione, eo loco egit Gomezius, & Cotta *verbo, fundus, in ſuis memorab.* quo argumento & ratione idem eſt reſpondendum in caſu, *l. is cuius, 26 ff de leg 2.* vbi legato ſeruo videtur etiam legatus ſerui vſusfructus, ad heredem defuncti pertinens, non, vt ego intelligo, quia eſt heredis: licet contrarium opinetur Bartolus, ſed magis, quia verborum proprietas id exigit, *per ſupra ſcripta.* Vnde hac in re ſubmouenda differentia eſt, inter vſumfructum heredis, & extranei. Ex ſupra ſcriptis igitur reſoluitur in dubio, neque æſtimationem extraneo legatario concedendam eſſe, quia ſolum dicitur emphyteuta dare ius, quod habet in re, etiam ſua morte periturum. Verum ſi aliunde, aut ex verborum proprietate, colligere licet, parentem voluiſſe illum extraneum, emphyteuſin. de qua præſens eſt quæſtio obtinere, vtique illi æſtimatio præſtanda eſt *per ſupra dicta.*

Quod † intellige verum, quando defunctus in vita nominauit, & tradidit huiuſmodi emphyteuſin, aut etiam filius incaute patri morem gerens, ad traditionem proceſſit: quoniam hoc caſu æſtimationem emphyteuſis euicta præſtare extraneo tenetur, vt notabiliter cum Bartolo explicat Peralta *in l. unum ex familia, §. ſed ſi fundum, ff. de legat. 2. nu. 27.* intelligens, aliter exceptione ſubmotum legatarium. neq; æſtimationem conſequi, quod ibidẽ Imola obſeruauit, *n. 19 ante verſic. aduerte tamen.* Intellige etiam huiuſmodi æſtimationem ſoluendam ... re ex tertia parentis, de qua ſecundum legẽ Regnam *libr. 4. titul. 82. in non.* ille teſtari poteſt, ac quo ... 13

præiudicium al quod legitimæ filiis debitæ, inferatur contra dispositionem *l. quoniam, in prioribus. C. de inoff. test. in auth. ibi not.* quod ex *d. l. vnum ex familia. §. sed si fundum*, deduci potest, ibi. *si tantundem ei relicturus esset. & ibi not. scribentes.*

14 Vlterius † in materia huius tex. solet tractari in foro vtilis quæstio. *ad quem pertineat emphyteusis, ad quam parens dotis nomine generum nominauit, non filiam?* Et quidam opinantur, inutilem huiusmodi nominationem esse, tanquam factam contra formam concessionis, quæ extraneæ personæ nominationem respuit, vt in hoc § 6. sancitum est. ibi. *E poderá não podera nomear outra pessoa algũa extranha.* qualis est gener, qui cum sit extraneus, non de filiis vtriusque, inter quos tantum nominandi potestas data est, nominari non potest. Quapropter vindicare huiusmodi emphyteusin dominum directum posse, non dubitant plures, nisi aliquis ex filiis sibi fore adiudicandam contenderet, tanquam nominatus ex regula leg. Regiæ, *supra titul. 36. §. 1.* Ego contrarium verius esse censeo. Intelligo enim in hac specie filiam, non generum esse nominatam, & consequenter nominantem formæ concessionis satisfecisse; quasi per prius fuerit nominata filia, cui dotis titulo, non marito, data emphyteusis, censeri debet, ad instar & similitudinem dotis, quæ continuo filiæ data videtur: quamuis in maritum seu sponsum verba dirigantur, vt Iureconsulto placuit, *in lege seruo legato, 72. ff. de legat. 1. §. si testator.* Vbi Caius in hæc verba: *Non solum hoc casu alius habet actionem, quam cui testator dari iussit, sed alio quoque veluti si filia nomine genero, aut sponso, dotem dari iusserit. Non enim gener, aut sponsus, sed filia habet actionem, cuius maxime interest, indotatam non esse.* Ecce textum clarum, vbi parens genero, seu sponso dotem dari iussit, & nihilominus, filiam ipsam non generum, agere posse, & dotem petere Caius docuit, intentionem parentis magis, quam verba attendens. Hæc enim licet ad sponsum dirigantur, intentioni cedere debent, secundum quam filiæ prouidere parens maluit, ne filia indotata remaneret, quam genero dare. Ea est enim dotis natura, vt apud ipsam filiam maneat, & in eius dominio esse dicatur, quamuis marito collata sit. Vt habetur *in lege quamuis, in principio, ff. de iure dotium.* Vbi scribitur, dotem vxoris esse, quamuis in bonis mariti reperiatur, quod idem habetur *in lege dotis fructum, in principio, eodem titulo.* Vbi rei dotalis dominium vxori conceditur, eiusq; fructus marito tantum, pro oneribus matrimonii leuandis tribuuntur, quod etiam traditur *in lege. vbi adhuc, & l. pro oneribus, Codic. eodem titul. de iure dotium.* Quamobrem dotem, qui præstat, vere, & realiter vxori dat, marito tamen fruenda in pro oneribus matrimonii, *vt in dict. veritas habetur, & in lege 3. §. sed vtrum. ff. de munerib. in fin.* Vbi scriptum est, dotem esse filiæ patrimonium, ac proinde, si illa in minore ætate existens consentiat, dotem patri restitui, in integrum, tanquam læsa & circumscripta restitui potest, vt est bonus textus *in lege fil um, ff. de collat. bonor.* secundum quam iuris traditionem, respondendum est nomine dotis emphyteusin, seu quamuis aliam rem genero seu spōso datam dotalem esse, & ad filiam pertinere, vere & realiter, licet verba donationis, in ipsum sponsum fuerint directa, *vt dict. §. si testator.* Iurisconsultus probat, & in sui ratione Papinianus, *in lege cum pater. 79. §. donationis, ff. de legat. 2.* ibi. *Non enim quæri oportet, cum quo de supremis quis loquitur, sed in quem voluntatis intentio dirigatur*, quod & Vlpianus palam docet, *in lege fideicommissa, 11. §. penultimo, ad finem, ff. de legat. 3.* ibi. *Multum autem interesse arbitror, cui voluerit prospectum, cuiusque contemplatione testator fuerit.* Ex quibus iuribus hæc sententia verissima est.

Quamobrem † dicere solemus, in dotis cōstitutione duplicem inesse donationem, quarum altera virum intuetur, respectu vsusfructus pro oneribus matrimonii concessi, *vt in leg. pro oneribus, Codic. de iure dotium.* altera vero ipsam filiam respicit, seu vxorem cui dos principaliter constituta est, & data, vt eius fiat patrimonium *dict. leg. tertia. §. sed vtrum ff. de muner. in fin. leg. si vsusfructus legatus, §. dos legata, ff. ad leg. Falcid.* Qua ratione cum huiusmodi dos marito traditur, breui manu prius vxori tradita censetur, cuius ille nomine capit, non suo absolute. *l. qui hominem 34. § si gener, ff. de solut. l. ex morte, §. similique modo. Codic. de pactis conuent.* Vbi textus probat, etiam ab extraneo, dotem marito, seu sponso datam ad ipsam pertinere vxorem, & quasi ab ea procedentem, esse censendam, in hæc verba: *Similique modo siue pater pro filia, siue mater, siue ipsa pro se, siue alius videlicet constitutus, siue quilibet alius pro ea, vxorem ductura, dotem dederit, seu promiserit, quoniam alio pro ea offerente dotem, ipsa eam pro se videtur offerre, quod adeo verum est, vt ipsa ab alio pro se oblatam dotem, in lucrum suum reposcat.* Quod ex ratione prædicta procedit, quia breui manu, prius vxori, deinde marito, tradita dos censetur, & si donans mediate ipsi marito dotem tradat, *l. licet 44. §. quoties, ff. de iure dot.* ibi: *Nisi forte sic accepto tulit, vt velit mulieri in totum donatum, tunc enim credendum est, breui manu acceptum a muliere, & marito traditum.* & ibi notat gloss. Et est ponderandum, illum text. loqui etiam in extraneo, & nihilominus probat, dotis nomine ab eo collatum breui manu, vxori datum, & ab ea in maritum translatum censeri, non minus, quam si traditurus vxori, de eius consensu, & mandato dotans marito tradidisset, quo casu prius vxori traditum censetur. *l. 3. §. fin. in fine, ff. de donat. inter virum & vxorem.* ibi. *Si donaturum mihi, iussero vxori meæ dare, ait Iulianus, nullius esse momenti: perinde enim est habendum, atque si ego acceperim, & meam factam vxori meæ dedissem. Quæ sententia vera est.* Conuenit simile Vlpiani responsum *in leg. profectitia 5. ff. de iure dotium, post princip.* ibi. *Quod si quis patri donaturus, dotem dedit, Marc. libro sexto Digestorum scribit, hanc quoque a patre profectam esse, & verum est.* Ex ratione supra scripta, quia prius patri dos data, & breui manu ab eo in filiam collata censetur. Secundum quam interpretationem, siue a parentibus, siue etiam ab extraneis dos detur, quoad proprietatem sine difficultate respondendum est, vxori non marito datam esse, cum explorati iuris sit, rei dotalis dominium, seu proprietatem penes vxorem, residere, *l. in rebus, C. de iure dotium*, maritum vero rei possessionem, & administrationem respectu fructuum obtinere, vt in prædictis iuribus habetur, *& in lege doce ancillam, C. de rei vendica.* & notabiliter explicat Carolus

Molin. *in consuetudin. Parisiens. 2. parte, §. 35. glossa 1. numer 101. & in tractat. de donation. inoffic. numer. 68. & 76.* inferens proinde, huiusmodi dotis constitutionem respectu proprietatis, quæ ad vxorem pertinet, simplicem donationem, ab extraneo collatam, continere; & consequenter, *per leg. si vnquam, C. de reuocat. donat.* reuocari: non sic respectu vsusfructus, in maritum pro onerib. matrimonii collati, quoniam hûc ille titulo oneroso dicitur obtinere, *vt ibi latius per eum à numer. 64. post Alexand. libr. 4. consil. 71. & Iasonem consil. 172. column. 5. libr. 4. Parpalian. in leg. 2. numer. 42. ff. solut. matrim. Bertrand. libr. 2. consil. 157. & 383. eodem lib. Tiraq. in leg. si vnquam, verbo donatione, numer. 193. post Boerium q. 159. n. 11.*

16 Ex † quibus sic digestis, videtur resoluendum, in casu, quẽ tractamus, nominationem emphyteusis, nomine dotis factam, in fauorem generi, filiæ quo ad proprietatem prodesse, eamque censendam fore nominatã, non sponsum, seu generum, quamuis in eum, verba dirigantur, quę secundum subiectam materiam stricti debent, vt intentioni dotantis, quę secundum iuris regulas præcessisse intelligitur, deseruiat. & obsecundet. Non est enim verosimile, omissa filia parentem voluisse genero emphyteusin concedere, præsertim in hac speciẽ, in qua ille tanquam extraneus, nominari nõ potest: Quocirca ne actus pereat, suprascripta interpretatio facilior, & multo probabilior fit, ex regula *l. quoties, 13. ff. de rebus dubiis.* Patet autem generum esse personam extraneam, & quæ nominari non valet, quoniam de filiis non est, inter quos eligendi potestas concessa est, & plane deducitur ex Gomezio *in leg. 9. Tauri, numer. 17. versic. ex quo.* Concedenda est igitur in hac specie filiæ emphyteusis, quasi illi tradita, & breui manu in generum translata. Quod regulare esse, in omni re dotali genero concessa, probat Exea *de pactis, numer. 65.* concordat Baldus *in lege voluntas. C. de fideicommiss. column. 2. versicul. quæro numquid.* Vbi de vtili quærit quæstione. Titius habebat rem, quam extra familiam non poterat alienare, sororem eum vellet nuptui tradere, illius sponso dotis nomine dedit, ceteri de familia vindicare volebant, *per l. vnum ex familia, §. sed si fundum. ff. de legat 2.* respondet Baldus, Titium legem concessionis non violasse, quia principaliter sorori, quæ erat de familia, non eius sponso dedit. sequitur illum Ambrosius de Opizonibus *in leg. filiusfamilias, §. diui. ff. de legat. 1. num. 139.* & probare palam videtur Imperator *in leg. vni. §. imo magis. C. de rei vxor. actio. ibi. Imo magis, in huiusmodi dotibus quæ ab extraneis dantur, vel promittuntur, ipsa mulier fecisse videatur tacitam stipulationem, nisi expressim extraneus, sibi dotem reddi pactus fuerit, vel stipulatus, cum donasse magis mulieri, quam sibi aliquod ius seruasse extraneus, non stipulando videatur.* Imo & *in d. l. voluntas 4. C. de fideicommiss.* hoc idem probari ibidem Menesius latius tradit, *n. 1. cum seq.* intelligens ibi fratrem, rem prohibitam extra familiam sorori in dotem dedisse, quam donationem validam esse, neque prohibitioni contrariam Imperator docet, ex prædicta ratione, quod prius videtur res sorori in dotem dari. & deinde breui manu, in sponsũ transferri, quod vltra prædictos Doctores obseruat Corneus *lib. 2. cõs. 26. litera K. col. 3. vers. confirmatur.* Vbi alia citat Galeaula in Rubr. *ff. de verb. oblig. post. nu. 62.*

Neq; † hoc mirum, si consideres, de iure cõmuni, in quo versamur, nobis donata censeri, quæ nostra contemplatione filiis nostris, ab amicis. & consanguineis donata reperiuntur. Vt est casus singul. *in l. sed si plures, 10. §. in arrogato ff. de vulgari.* Pro cuius inductione obseruandum est, arrogantem de bonis filiis arrogati disponere non posse, imo de illis restituendis, agnatis, ad quos pertinebunt, cauere cum oportere, cum arrogat, *habetur. in lege non aliter, ff. de adoption. & in §. cum autem, Institut. eodem titul.* Qua ratione substitutus pupillaris datus filio arrogato, *iuxta tradita in leg. moribus. ff. de vulgari.* ea bona, quæ pupillus habebat, tempore arrogationis, non consequitur, *vt in d. §. in arrogato, Vlpianus docuit, & ibi notant Doctores, tradit Bartol. in lege si arrogator, oppos. prima, ff. de adop. Iason in d. §. in arrogato. numer. 4.* licet aliter interpretetur Ripa *in leg. centurio, ff. de vulgari. numer. 32.* Habebit ergo substitutus ea tantum bona, quæ à patre arrogãte ad filium peruenere, *vt in d. §. in arrogato Iureconsul. probat.* Et est communis & recepta sententia, casum hunc esse, in quo quis decedere pro parte testatus, & pro parte intestatus põt, vt obseruauit Socinus *in l. 2. ff. de vulga. num. 5.* & Politus de *pupill. nu. 6.* Et est in promptu ratio, quia pupillus in hac specie, duos parentes habet, duorumque personam repræsentat, *argument. l. si centurio, 15. § 1. ff. de testam.* vt explicat Bart. receptus, *in d. §. in arrogato, numer. 1. Iason d. l. si arrogator, numer. 4.* His præmissis fuit *in d. §. arrogato,* quæsitum, *quid sit respondendum, si contingat, hunc filium arrogatum, aliquos bona, à consanguineis, & amicis patris arrogantis, donata, consequi, an ne ista sit habiturus substitutus, tanquam procedentia, ab ipsomet patre arrogatore?* Et respondet Iureconsultus, habiturum, quia cum fuerint eius intuitu & contemplatione donata, ab eo processisse dicendum est, quasi illi prius data, breuique manu in arrogatum pupillum collata, vt innuit Iurecõsultus in hæc verba: *Ego etiam amplius puto, & si quid beneficio arrogatoris acquisiuit, & hoc substitutum posse habere, vt puta si arrogatoris amicus, vel cognatus ei aliquid, reliquit.* quem tex. cõmendat Palatius Rub. *in rubr. de donat. inter virum, §. 45. nu. 1. cum seq.* resoluens cum Bartolo *in d. §. in arrogato,* donatum vxori meæ à consanguineis. & amicis meis, mihi prius donatum censeri. & ex me ad vxorem peruenire. Attenditur n. dantis affectio, & cuius contẽplatione dederit, vt illi potius datum censeatur. transeunt cum Bartol. Imola, & Alex. *in d. §. in arrogato,* & Angelus *in § fuerat. Instit. de action.* vt refert Palatius *d. §. 45. n. 3.* inducens text. quem dicit esse singularem, *in l. si quid earum, 45. in fin. princ. ff. de legat. 3.* Vbi Vlpianus, casum ponit, in quo maritus vxori legauit, eius caussa emta, & comparata, & cõtineri ea, quæ socer eius dem mariti, pater nurus, id est, vxoris ipsius caussa parauit: in quo plane præsupponit, mariti ea bona esse, nõ vxoris, cuius caussa illa socer parauerat. nam si vxoris essent, frustra Iureconsultus, ne dicam perperã, & incaute respõdet, in mariti legato illa contineri. Verum cõtineri asserit, quia à patre ipsius mariti fuerunt emta, & in vxorem filii contemplatione collata: quare illi prius data fuerunt, & proinde manu breui vxori, *vt diximus,* & probat Iureconsultus *in l. dedit autem. 2. vers. occurrit æquitas, ff. de collation. bono. ibi. et quod pater meus, propter me filiæ meæ dedit, perinde sit.*

atque si ego ipse dederim, *& in l.3.§.fin.ff. de dona. inter vir. & vxorem*, text. *in l.filiofamilias,42. ff de cond. & dem.* cuius etiam auctoritate Decius, *consil. 279.numer.3.* d. Bartoli sententiam, *in dict.§.in arrogato*, comprobat, & Angelus, *consil. 78.* confirmans etiam ex auctoritate Pauli *consil.118.* & Alexan. *consil.179. col.1.vol.5.* resoluentium fratrem, qui fratris filiam dotauit, fratris cõtemplatione dotasse, cẽseri, & consequenter ꝓfectitiam eam dotem reputãdam fore, ex regula suprascripta, & Barto. sententia *in d.§.in arrogato*, vbi Iason *col.fin.* ab ea Bartoli doctrina nõ esse recedendũ in praxi affirmat. Cõcordat plures referens Rolandus a Valle, *lib.1. consil.10. n.10.cum seq.* & post alios Iason *in leg. vt liberis, C. de collation.* firmans hanc magis communem sententiam esse, quod & Rolaod. *dict. loco* asserit, referens *numer.9.in fin.* Bald. Angel. & Roman. Aretin. Salycet. & Arelatã, *in addition.* Alciati *regula prima, præsumtio.18.* contrarium resoluentes, moti septem argumentis, ibidem a Rolando ex ordine relatis, a *numero 8.* Quæ sane procedunt, & locum habent, vbi constat de voluntate donantis, quod voluit ipsi vxori, non marito donare, quo casu cessat dispositio text. *in dict.§. in arrogato*, ceteraque supra citata, quæ tantum obtinent, quando sumus in dubio, neque aliter de intentione donantis liquet. Vt explicant Botrins Rota, Ias. & Corneus, quorum meminit Roland. *dict.consil.10.n.10. in principio.*

18 Ex † quib. in casu, quẽ tractamus, ꝓculdubio, si constiterit, quod socer maluit generũ nominare, illumq; emphyteusin habere, non filiam, omnia supra scripta quiescent, & cõsequenter, nihil illum egisse respondendum est, si quẽ extraneum p̄sumsit contra concessionis formam, & legem ab ea p̄scriptam, nominare; eritq; proinde inter dominum directũ, exstinctã emphyteusin prætẽdentem, & filiũ heredẽ, si quis adest, decidenda quæstio, semota filia sic nupta, quia nominata, repugnante parentis voluntate censeri non potest. Rursus, quæ supra diximus, dotem genero datam, respectu ꝓprietatis, ad filiam pertinere, fructuum vero ad generum, intellige vera esse, quando matrimonium fuit celebratum, per dotem & arrhas: quo casu secundum iuris obseruantiam, supra scripta obtinent: non sic quãdo simpliciter fuit matrimonium cõtractum, propter bonorum communicationem, de qua Ordin. *libro 4. titulo 95. in nouis in principio*, quæ efficit, vt nulla prorsus sit constituenda differentia, inter dotem datam filiæ & eius marito, seu sponso: siue enim, ad hunc, vel ad illam verba referantur, cõmunis vtriusq; dos efficitur, *Rolandus a Valle dict. consil.10. numer.11.* Non tamen idcirco intelligas sopitam propositam controuersiam esse, quoniam rem emphyteuticam & quamuis similẽ indiuiduam in dotem filiæ concessam, illa præcipuam habet, omni communicationis onere exemtam, *vt d.lib.4.tit.95. §.1.probatur.* Quamobrem non obstante bonorum communicatione, vtilis, & necessario hæc quæstio est, *vter magis, gener an filia dicatur, nominata, ad emphyteusin in dotem datam, per verba ad generum directa, vt quotidie contingit?*

19 Ex † suprascriptis constat, in dubio in fauorẽ filiæ ꝓnuntiandum fore, vt nominata cẽseatur, quãuis in illius maritum, verba directa reperiãtur: quoniam prius videt̃ filia ipsa nominata, in ordine intellectus, ex iurib. & rationib. supra adductis. Verũ in contrariũ exstat celebre Vlpiani responsum, *in l. cum pater 30 ff. de iure dot.* in quo ponit̃ casus huiusmodi. Pater n. qui genero dotẽ ꝓmiserat, dotem ẽt testamento legauit, sed *an recte*, q̃situm est? Et respõdit Iureconsl. dotem genero ꝓmissam, eidem legari nõ posse ad instar, & similitudinem debiti q̄d a debitore creditori legari non p̄õt, *l.si deportatus. 7.§ si quis creditori, ff. de leg.3.* Vbi nihil egisse debitorem, qui quod debebat, creditori legauit, Paul. scrip sit. Quo argumento, & ratione *in d. leg. cum pater.* Vlpianus negat, validum esse genero dotis legatum, quam socer viuus ꝓmiserat. Est n. hoc casu gener creditor ex promissione: siquidem agere, & socerum conuenire potest. Quare ad instar, & similitudinẽ creditoris, illi dos, ꝓmissa & debita, legari nõ potest. Cuius cõtrarium obtinet, si genero ꝓmissa dos filiæ a patre legetur. Tenet n. hoc casu legatum, vt palam Iurecons. docet, *in dict. leg. cum pater, 30. ff. de iure dotium*, hanc constituens differentiam, inter legatum dotis, genero & filiæ relictum, vt ex Iureconsulto deducitur, ibi. *Cum pater dotem pro filia promittit & dotem legat, siquidem marito legauit, videndum est, an legatum valeat? Et non puto valere, nam cum creditori debitor legauit, id quod debet, nullum legatum est. Quod si filiæ legauit, valet legatum filiæ.* Ecce qualiter Iureconsultus docet, promissam genero dotem, illius esse, non filiæ: siquidem genero legari tanquã creditori nõ potest: filiæ vero legata valet, quasi illi promissa non fuerit. Quamobrẽ omnia in fauorem filiæ adducta, scrupulo non carent.

Secundo † ꝓ hac sententia induci potest text. in 20
hac materia singularis *in l.si mater, 12. C. de donat. ante nupt.* Vbi tex. in hæc verba, *Si mater vestra filia sua sponso, vel marito prædia sine vlla repetendi lege donauit, & eum in vacuam induxit possessionem, nuptiis diuortio solutis perfecta non dissoluitur donatio*, quæ sanctio ostendit donationem factam genero, a filiæ parente, perfectam esse, a principio, & validã penes eum soluto matrimonio permansuram, vt resoluit Baldus *lib.1.consil.62. & consil.319. lib.4.* recedens a Bartoli sententia *in l. sed si plures, §. si in arrogato, ff. de vulga.* vbi etiam Areti. *col.fin.* ab eo recessit, atq; etiã Angel. & Cuma. ibidem & Salycet. *in l.neque inter, C. de donatio.inter vir. & vxor.* cum aliis quorum memor hanc magis probat sententiam Alciat. *regula.1. præsumt.18.* Vbi Arelata, *in fin.* additio. citat bonum text. *in l.si consentiente, 14. C. eod.titul. de do. ante nupt.* Vbi sponsus sponsæ mancipia matris donauit, de ipsius matris assensu: & respondet Imperator, ea mãcipia nurui acquiri, & ad heredes eius pertinere, nõ ad filium, cuius contemplatione mater consensit, & mancipia donauit. Concordat Iureconsult. *in l. si fermus cõmunis, 39. ff. de donatio.inter vir. & vxor.* Vbi maritus vxori rem cõmunem dedit, de fratrũ sociorũ assensu, & firmã manere penes vxorem sociorum partem, Iureconsult. probat. Vnde recte deducitur, donata coniugi a consanguineis alterius coniugis, quamuis illius contemplatione videantur collata, ipsius coniugis, cui donata fuerunt, effici, apud eum pleno iure permansura, quod in specie voluit Romanus. *consil.172.col.2.versicul. quoad vltimum Angel. & Romanus in leg. vbi libertis, C. de collatio.* vbi est pro hac sententia glo. *verbo sponsis.* Neque longe abest quod Iureconsulto placuit, *in leg. si cum qui, §.fin.ff. pro socio.* Vbi probat, datum socio

suæ personæ ratione, licet societatis occasione, cõmunicabile non esse. Est etiam non absimile, quod tradit Bartolus *in leg. si vero, §. item quicquid ff. solut. matri.* Vbi probat donatum legatis principum, seu ambassiatoribus, ipsis acquiri, quamuis principum mittentium contẽplatione donetur, quo vtitur, etiam pro hac parte, argumento Alciat. *d. præsum. 18.* resoluens, sibi minime placere, quod Bartol. *in d. §. in arrogato*, & communis schola eum secuta tradiderunt, profectitium esse, quod patris contemplatione donatur; siquidem constat, donatum ab auo nepoti aduentitium esse, neq; patri acquiri, secundum communem sententiam *in l. quæsitum, ff. de legat.* 1. & tradit Alciatus *ibidem præsumtio. 17.* cui adde Baldum, & Paulum *col. 1. in leg. cum oportet. C. de bon. quæ liber.* probantes, filio emancipato quæsitum, seu donatum, patris contemplatione, patri nõ acquiri. Concordat Aretinus *in leg. qui in aliena. § interdum, ff. de acq. hered.* Ex quibus proculdubio hæc verior videtur sententia, secundum quã, in proposita specie, filiæ emphyteusis deneganda videtur, quando eius sponsus, seu maritus nominatus reperitur. Nec mouere Bartolum, & cõmunem scholam debuit text. *in dict. leg. sed si plures §. in arrogato, ff. de vulgari.* quoniam vt Alciatus *dict. præsump. 18. numer. fin. versicul. tertio*, obseruauit, ille text. loquitur, & procedit, in filio familias, qui quicquid acquirit, patri, sub cuius potestate est, acquirit, *l. placet, ff. de acquirend. heredit. l. cum oportet, C. de bon. quæ lib.* Ideoque in his filiis familias, ea consideratio obtinet, an patris contemplatione illis sit donatum, non in aliis, nempe emancipatis, *vt modo diximus.* Multo ergo minus ea consideratio, coniugibus applicari potest: siquidem non hi tã facile acquirunt, quam filii parentibus, *vt in dicto loco Alciat. aduertit.*

21 Verũ † si recte consideres supra scripta solum repugnant Bartoli doctrinæ *in d. l. in arrogato*, quatenus voluit donatum a consanguineis mariti, vxori, marito magis donatum censeri: quoniam eius contemplatione donatũ fuisse intelligitur. In qua specie licet Bartolum improbemus, minusque receptam sententiam, *vt supra* fundatam, sequamur: non proinde sequitur, in casu legis nostræ, emphyteusin genero in dotem datam, fore filiæ negandam, cuius est dos data, quamuis in maritum verba dirigantur *Vt supra late probauimus.* Obseruandũ ex mente & intentione parentis, dotatam semper filiam esse desiderãtis, ne eandem, viduam & pauperem iterum dotare compellatur, iuxta ea, quæ habentur *in l. fin. C. de dot. promiss. & in l. qui liberos, ff. de ritu nuptiarum, & in l. 1. & ibi Doctores. ff. sol. matri.* Qua ratione quamuis contra Barto. *in d. §. in arrogato*, concedamus, coniugi donata extra caussam dotis, illi tanquam præcipua pleno iure acquiri, non proinde læditur, a nobis supra defensa traditio, ex caussa dotis emphyteusin genero datã, filiæ magis, quam illi fore adiudicandam, & si ab extraneo illa dotis datio proficiscatur, dummodo pro sponsa, illiusque fauore detur.

22 Sed † obstare videtur ille casus *in l. cum pater, 30. ff. de iure dotium*, vbi palam Iureconsultus docet, dotem genero promissam, filiæ non deberi, sed marito, cui fuit promissa, & ideirco in persona filiæ, validum esse dotis genero promissæ legatũ: quia creditrix non est, vt ea lege palam probatur, *vt supra induximus.* Concordat, si bene perpendatur, Iulian. *in l. huiusmodi, 86. §. cum pater. ff. de legat. 1.* vbi ponitur casus, in quo pater pro filia genero centum promisit, & deinde eidem filiæ, eadem centum testamẽto legauit: modo maritus, ex promissione dotali illa centum petebat. Rursus & filia totidem ex legato: & respõdit IC. exceptione doli mali submouendos esse, donec conueniant inter se, vtra actione sint contenti. Ecce qualiter plane Iulianus probat. Pro cuius quidem responsi vero sensu & interpretatione, præmittẽdum est, testatorem creditori suo debitum legantem nihil agere, *vt d. l. cum pater, 30. ff. de iure dot.* ibi: *Nã cum creditori debitor legauit id, quod debet, nullum legatum est*, quia scilic. nullam omnino commoditatem habet: quod & Vlpian. probat *in l. si creditori. 28. ff. de legat. 1.* & Paul. *in l. seq.* in hęc verba, *Sin autem neq; modo, nec tempore, nec loco debitum differatur, inutile legatum est*, quod idem Paul. respondet, *in l. Manius, 68. in fi. prin.* his verbis, *Debitor autẽ non semper quod debet, iure legat, sed ita si plus sit in specie legati. Si n. idem sub eadem conditione relinquitur, quod emolumentum legati futurum est?* Concordat idẽ Paul. *in l. debitor, 84. ff. eod. de legat. 2.* vbi postquam docuit, debiti cõditionalis pure factum legatum tenere, vel si in diem deberetur, subdit, *quod si viuo testatore annus superuenit, dicendum erit inutile effici legatũ, quamquam constiterit ab initio.* Quod & idem Paul. respõdet, *in l. legaui. 26. ad fi. ff. de lib. lega.* ibi: *Quod si centum aureos, quos se debere dixit, legauerit, si quidem debitor, inutile legatum est: quod si non fuit debitor, placuit vtile esse legatum.* & eam sententiam probauit idem Paul. *in l. petitor. 31.* & Iulian. *in l. si debitor. 12. ff. de liber. legat.* probat & Iustinian. *in §. si quis debitori, Inst. de legat.* & tradit Ant. Gom. *1. tomo, c. 12. nu. 26. Menes. in l. vnum ex familia in prin. n. 2. ff. de leg. 2.* secundum quã traditionem, *in d. l. cum pater, ff. de iure dotium*, IC. respondit, genero dotis promissæ legatũ relictũ, inutile esse, tanquã creditori factũ. Quo argumento, iunctis his, q̃ supra resoluimus, idẽ respondendũ videbatur in legato filiæ, sub commemoratione dotis facto: nã & ea, secundum supra scripta, creditrix est, quoniam illi prius dicitur dos promissa, q̃uis in maritum promissionis verba dirigantur. Cuius contrarium ICto, *in d. l. cum pater*, placuit, probanti, filiæ legatum dotis, sponso promissæ, valere: in quo nostra consistit difficultas, quoniã palã præsupponit IC. filiã in ea specie creditricem nõ esse, neq; illius sponso promissam dotem debitam, vt impediri legatũ valeat. Quæ difficultas corroboratur, *ex l. vnum ex familia in prin ff. de legat. 2.* vbi Menesius *n. 3.* probat, supra scriptã traditionem, etiam procedere, quando legatum relinquitur creditori ficto & improprio, qualis est is, cui est, per viam fideicommissi, electiue res restituenda, cui frustra ram legari, ibi ICtus probat.

Quamobrem † pro resolutione aduerto, traditionem supra scriptam non procedere, quando legatũ creditori aliquod commodum afferre potest, *vt in d. l. si creditori. 28. ff. de legat. 2.* Vlpian. probat in princ. in hęc verba, *Si creditori meo tutius aduersus eum exceptione, id quod debeo legem, vtile legatum est, quia remissa exceptio videtur*, vbi enim ex legato vtilitatem aliquam creditor, consequi potest, fideicommissum tenet, vt ibi, *& l. seq.* IC. probat, & multa inferẽs Gomez *1. tomo, c. 12. n. 26.* Quæ veritas in fauorem filiæ considerari põt, cui legata est dos promissa, si consideres ex testamento illam dotem capientem con- 23

ferre

ferre nō adstringi, ex regula, *l. a patre 10. C. de collatio.* Cuius contrariū obtinet in donatione, dotis caussa in vita facta, *vt habetur in l. filia dotem, C. eod. tit.* quæ maxima profecto est commoditas, & non contemnenda vtilitas a Baldo considerata, *in l. filia legatorū, C. de leg in prin.* resoluente filiam, minime teneri dotem conferre a parente testamēto legatam, & in vita solutam. Nam cum ea solutio ad legati exsecutionē facta sit, vt habetur *in l. Lucius, in 1. ff. de leg. 2.* illius naturam sortitur, & consequenter sic in vita soluta dos, testamento legata, conferri nō debet, sequitur Dec. *in l. filia dotem, C. de collatio. n. 1. vers. secundo limitatur, cum seq.* licet repugnent Salyc. *d. l. filia, C. de leg. ransi. & Ias. d. l. filia, dotem, n 3. vers. limita.* Qua ratione merito IC. *d. l. cum pater. 30. ff. de iure dot.* respōdit, legatum dotis filiæ relictum tenere, eique ex testamēto actionem dari, quamuis & marito ex promissione, imo, & ipsi filiæ in consequentiam sit plene prouisum: plenius tamen erit, si ex testamento filia agat, & dotem petat, quam non tenebitur cōferre, *per supra scripta.* Quapropter vtiliter Iulianus, *in l. huiusmodi. 86. §. cum pater. ff. de leg. 1.* marito & vxori hoc casu negat actionem, nisi inter se conueniant, qua malint actione experiri, & dotem petere, secundum gloss. receptam, *in l. cum pater, ff. de iur. dot. verbo agat,* vbi tamen Fulgos. aliter loquitur, quod etiam, *in d. l. cū pater.* Vlpianus admonnit, quatenus vxori ex testamento, actionem concedit, præstita tamen cautione, de indemnitate. si maritus aduersus heredem nihilominus ex promissione agat: quam tamen cautionem negat maritus prius agentem teneri præstare, si postea vxor agere contendat, & dotem exigat, quoniā potest doli exceptione submoueri. Sed cur tam varie? Glossa ibi, verbo *oportebit* differentiæ rationem assignat, quia maritus dotem titulo oneroso consequitur: quare non debet alio onere prægrauari: vxor vero, quia titulo lucratiuo capit, non est mirū, si cautionis onere grauetur. Verius tamen est, quod ibidem Fulgos. ait, mariti caussam potiorem esse, neque deteriorem ex caussa legati fieri posse Et ita intelligit, quod habetur, *in d. l. huiusmodi, §. cum pater,* audiendos nō esse, simul maritum ex promissione, & vxorem ex testamento, agentes, nisi concordent, qua malint actione vti. Nam si non conueniant (inquit) præferri debet maritus, cuius conditio deterior fieri non potuit, & iuxta hūc sensum ille text, minime vrget aduersus ea, quæ in fauorem
14 filiæ resoluimus.

Quod † tamen intelligendum est, nisi filia spuria sit, aut alias ad consequendam emphyteusin inhabilis, quoniam hoc casu, vt actus, & nominatio reuocat, verborum proprietati standum est, quod maritus, non filia est nominata, ex his quæ diximus *in tract. de nominat. emph. q. 19. nu. 55. & nu. 60.* Vbi probauimus, non obstante filiæ incapacitate, nominari ad emphyteusin eius maritum, seu sponsum posse, tanquam extraneum, & non prohibitum nominari. Verum sublimitari hæc traditio necessario debet, vt non procedat, in casu nostri text. & sic quando emphyteusis, fuit concessa pro filio nominādo: quo casu, nominatus gener, quia extraneus est, emphyteusin non habebit, per supra scripta.

ARGVMENTVM.

Spurius an possit nominari ad emphyteusin Ecclesiasticam, & an nominatio nulla impediat aliā fieri, & an prælatus possit consanguineis emphyteusio concedere, & spuria nubens legitimo, an ex persona mariti sit capax emphyteusis.

Item filius secundi matrimonii, an possit nominari ad emphyteusin pro filiis.

Ius accrescendi, an habeat locum in emphyteutica concessione, & an concessio pro filiis verificetur in filio secundi matrimonii: & emphyteusis, an sit diuidua, apud Lusitanos.

SVMMARIA.

1 *Naturalis vel spurius, non potest nominari, ad emphyteusin.*
2 *Spuriæ filia propria emphyteusin concedere nequit prælatus.*
3 *Spurius filius concedentis, nequit nominari, quia videtur a patre nominatus.*
Spurium filium emphyteuta potest nominare, quia a domino non a patre nominatus capit.
4 *Spurium eligere potest, qui liberam eligendi potestatem habet.*
Nominatio nulla non impedit aliam secundam posse fieri, quod fallit, nu. 7.
Nominati ab incapacitate, quando nullitas pendet, alia nominatio fieri non potest.
Spurius nominari potest, quando non repugnat forma concessionis & nu. 17.
7 *Excipere de iure domini directi, seu commissi nemo potest præter dominum.*
8 *Consanguineis prælatus potest emphyteusin concedere. & nu. 11.*
9 *Exsecutor potest inter suos bona distribuere.*
Exsecutor testamenti inter cognatos defuncti pauperes, potest bona distribuere, etiam si sint filii spurii.
10 *Spurius testatoris nequit eligi.*
Spurius filius exsecutoris testamenti eligi non potest. contra plures.
11 *Spurius ex reditibus Ecclesiæ dotandus.*
Prælatus potest suis consanguineis, emphyteusin in tertiam generationem concedere, si sunt bene meriti.
12 *Prælatus potest pauperi coniuncto emphyteusin concedere, maxime si res est modica.*
13 *Consanguineo res modica potest concedi.*
14 *Res appellatio generalis.*
Res solita concedi potest cognatis concedi in emphyteusin.
15 *Consuetudo iustificat propinquis factam concessionem.*
Emphyteusis potest cum decreto, & solemnitate legali propinquis concedi.
Alienatio vtilis Ecclesiæ est permissa & valida.
16 *Vtilitas ex decreti appositione probatur.*
17 *Spuriis a principio potest emphyteusis concedi.*
18 *Spuria fœmina nubens legitimo efficitur legitima.*
19 *Nominatio facta ex caussa dotis conditionalis est, si matrimonium sequatur.*
20 *Fœmina nubens legitimo marito, non efficitur legitima quoad successionem.*

21 *Emphyteuſis genero data in dotem, aeſtimata, ad illum pertinet non ad vxorem.*

Monaſterium non capit emphyteuſin pro filiis vtriuſque.

Dictio, ex, exigit naturalitatem.

Conceſſio facta pro marito & vxore, & filiis vtriuſq; excludit monaſterium.

22 *Filius adoptiuus ſubmouetur ab emphyteuſi, item filius legitimatus, item filius deportati.*

Filius ſecundi matrimonii ab emphyteuſi excluditur, & num. 23.

Interpr. l. cum quidam. 10. C. de impuber. & aliis.

24 *Dictio, ex, vel, de, cauſſam denotat immediatam, & excludit filios ſecundi matrimonii, & 49.*

25 *Tenor conceſſionis attendendus eſt.*

Legatum relictum viro & vxori, & eorum liberis filiis alterius matrimonii non debetur.

Qualitas neceſſario vbi ceſſat in petente emphyteuſin, ipſa etiam ceſſat.

26 *Priuilegium ne quis conueniatur, vltra quam facere poſſit, non tranſit ad filios alterius matrimonii.*

Filius ex certa vxore vocatus alterius filium excludit.

Tutela datio non extenditur ad filios ex alia vxore ſuſcipiendos.

Legatum agnatis relictum reſtringitur ad eos, quos tunc habebat defunctus.

Emphyteuſis vtriuſque coniugis contemplatione conceſſa, nequit ad alterius matrimonii filios transferre.

27 *Emphyteuſis quando alterius coniugis contemplatione fuit conceſſa ad alterius matrimonii filios tranſire poteſt.*

Emphyteuſis quando mariti contemplatione conceſſa dicatur.

28 *Emphyteuſis hereditaria omnibus filiis defertur pro hereditaria portione.*

Emphyteuſis conceſſa marito & vxori, & eorum filiis prodeſt filiis ſecundi matrimonii.

Clauſula & quibus dederis, ſeu quibuſcunq; dederis includit extraneos.

29 *Inſtitutio poſthumi, prodeſt etiam naſcituro, ex ſecunda vxore.*

Conceſſio pro poſteris includit filios ſecundi matrimonii.

30 *Legatum propria vxori, & eius filiis relictum, non prodeſt filiis ſecundi matrimonii.*

31 *Conceſſio pro ſuis filiis intelligitur de praeſentibus.*

Conceſſio reſtricta ad filios certa vxoris, alios non includit, & nu. 32.

Interpr. l. Titia. §. Titia, ff. de legat. 2.

32 *Clauſula ſi ſine liberis vxor decedat, reſtringitur ad filios illius matrimonii.*

Conceſſio pro filiis omnes reſpicit, tam primi, quam ſecundi matrimonii.

Pacto fieri poteſt, quod natus ex primo matrimonio, non ex ſecundo ſuccedat, & emphyteuſin capiat.

33 *Conceſſio a Rege facta, quod ad inſtar Maioria ſuccedat filius primogenitus ex Titia, extenditur ad filios, ex alia vxore ſuſceptos, vbi prima ſine prole deceſſit.*

Emphyteuſis conceſſa pro marito & vxore, & eorum filiis, pertinet ad filios alterius matrimonii.

34 *Conceſſio Regia marito & vxori conſtituendi maioratum, in fauorem filii primogeniti cenſetur in ſolidum cuique data, & propterea maritus conſtituere poteſt maioratum in fauorem communis filii, vxor vero in gratiam alterius ex alio marito ſuſcepti.*

Conceſſio Caſtri marito & vxori facta, & primogenito ex eis nato qualiter intelligatur.

Interp. l. quidam teſtamento 99. ff. de legat. 1.

Interpr. l. Lucius 12. ff. de alim. & cibar. lega.

Emphyteuſis marito & vxori conceſſa, dicitur eiſdem in ſolidum data.

35 *Filius ſecundi matrimonii non poteſt nominari ad emphyteuſin.*

36 *Donatio Regia duobus conceſſa dicitur vtrique in ſolidum data.*

Accreſcendi ius ceſſat in contractibus: fallit in donatione Regia, & nu. 40.

37 *Poſthumum inſtituens ſimpliciter, cenſetur inſtituere etiam ex ſecunda vxore.*

38 *Filius ſecundi matrimonii poteſt nominari ad emphyteuſin pro marito & vxore atq; eorum filiis.*

Emphyteuſis conceſſa marito & vxori & eorum filiis non reſtringitur ad filios cõmunes, ſed magis particulares cuiuslibet.

39 *Ius accreſcendi locum non habet in emphyteutica conceſſione.*

40 *Ius accreſcendi non habet locum in contractibus.*

41 *Ius accreſcendi habet locum in vltimis voluntatibus.*

42 *Ius accreſcendi principaliter a legis poteſtate procedit, ſecundario a defuncti voluntate aduerſus Socinum.*

43 *Emphyteutica conceſſio non patitur ius accreſcendi.*

44 *Emphyteuſis ſi pluribus in ſolidum concedatur locus eſt iuri accreſcendi.*

45 *Ius non decreſcendi habet locum in contractibus, & in emphyteuſi.*

46 *Inter filios emphyteuta ius accreſcendi locum habet.*

47 *Emphyteuſis ſi mihi & tibi, & liberis cuiuslibet noſtrum concedatur, deficient pars alteri per ius non decreſcendi applicari debet.*

Ius accreſcendi trahit ad ſe totam emphyteuſin finita generatione.

48 *Ius accreſcendi habet locum in contractibus.*

Interpr. l. fundus, 64. ff. de contrah. emt.

Diuiſio inter heredes facta impedit ius accreſcendi, dummodo fiat pleno iure.

49 *Conceſſio pro ſuis filiis verificatur in filio ſecũdi matrimonii.*

Dictio, ex, & de, denotat cauſſam immediatam.

50 *Nepos poteſt nominari in defectum filii, quamuis in conceſſione filii tantum fiat mentio, non nepotis.*

51 *Emphyteuſis conceſſa pro marito & vxore, atq; vno filio, nominari poteſt nepos.*

52 *Filius ſecundi matrimonii non poteſt nominari ad emphyteuſin conceſſam contemplatione primae vxoris.*

Filius ſecundi matrimonii poteſt nominari in defectũ filiorum primi matrimonii.

53 *Filius ſecũdi matrimonii non poteſt nominari ad emphyteuſin pro marito & vxore, & eorum filio nominando, ſi adeſt filius primi matrimonii.*

Emphyteuſis conceſſa pro vno ex filiis ſuis, ſeu veſtris, reſtringenda eſt ad filios iam natos & exſtantes.

54 *Legatum vxori factum reſtringitur, ad iam viuentem, non ad futuram extenditur.*

55 *Dona-*

55 *Donatio facta sub filiorum commemoratione, non renocatur per natiuitatem filiorum, susceptorum ex secunda vxore.*
56 *Emphyteutica concessio pro marito & vxore, eorūque filio nominando restringenda est ad filiū communem, non autem comprehendit filios nascituros ex secunda vxore.*
Filius secundi matrimonij capit emphyteusin concessam patri, nondum coniugato.
Filius primi matrimonij capit emphyteusin concessā pro marito & vxore, & eorum filiis.
57 *Emphyteusis de iure communi est diuidua, non de iure Regio apud Lusitanos.*
Filius primi matrimonij praecedit: fallit in emphyteusi paterna, num. 58.
58 *Emphyteusis paterna potest peruenire ad filium secūdi matrimonij, fallit num. 59.*
Filius primi matrimonij praefertur in emphyteusi paterna, quando est consuetudo, quo ita deferatur.
59 *Successio est iuris positiui.*
60 *Consuetudo potest solum primogenitum vocare.*
Concessio secundum consuetudinem celebrata intelligitur.

CAPVT XIII.

HAbuimus non multis retro annis, Lector Amantissime, quęstionē haud in praxi iniucundam, quam huic loco satis oportunā duximus. Nobilis quidam Canonicus, filiam spuriam quam habebat, nobili viro, in matrimoniū collocauit: & inter alia, quæ dotis nomine fuerunt constituta, eiusdem Canonici famulus emphyteusin quandā, prædictæ filiæ dedit, eam nominans, iuxta formam cōcessionis, in secundam personam. Cum vero postea intelligeret, nullam fore nominationem propter filiæ incapacitatem, tum etiam quia dominium directum spectabat ad prædictum Canonicum, qui famulo paulo ante emphyteusin concesserat; cū non modica emergeret suspicio existimantium, id ea ratione fecisse patrem, vt per mediatam famuli personam, filia spuria & inhabilis emphyteusin cōsequeretur, quam ei palam & directo pater dare non poterat; prædictus famulus ad eandem emphyteusin denuo istius puellæ maritum, a prædicta recedens, tanquā nulliter & nō iure facta nominatione, pleno iure rursus nominauit, & in eum omne ius emphyteuticum trāstulit, quod habebat. Cuius quidē nominationis vigore maritus nouam a domino directo emphyteuticā inuestituram & cōcessionem, Apostolica auctoritate cōfirmatam, impetrauit: per quam fuit prima constitutus persona cum potestate nominandi secundam & tertiam. Contingit deinde relictis ex eo matrimonio liberis vxorē decedere: Maritus cum ad secundas cōuolasset nuptias, ex eisq; liberos suscepisset, decedens, omissis prioris vxoris filiis, secūdā vxorem ad emphyteusin nominauit, in secūdā personā. Hæc demū filiū suū in tertiā nominauit, cōtempta sobole prioris cōiugis. Cōtendit prioris vxoris filius a nouerca emphyteusin euocare, intelligēs emphyteusin a tempore mortis matris ad se pertinere. Quid dicendum? Et videtur ex prædictis *in q. præcedenti*, in fauorem generi fore respondendum, cum filia spuria clerici ad emphyteusin Ecclesiasticam nominari non possit, cum sit incapax omnino, etiamsi sit legitima a Principe, nisi adsit Apostolica legitimatio, & auctoritas. Quæ fuit sentētia Baldi, Decii & aliorum, *in l. generaliter. §. cum autem, C. de institu. & substitu. Alex. lib. 1. cons. 128. nu. 7. Gozad. cons. 46. num. 4. Ripa in l. ex facto, §. si quis rogatus, n. 2. ff. ad Treb. Bernar. Diaz in reg. 231. Gamma, q. 2. in princ. & q. 149. n. 2.* intelligēs id procedere, etiam si emphyteuta habeat liberam nominādi potestatem (licet n. 3. contrarium probet) & diximus *in tract. de nomin. emph. q. 19.* Quæ sententia vel comprobatur argumento, *ca. 1. §. naturales, si de feudo fuer. controuer.* vel etiam quia spurii sunt infames, *secundum Azon. in summa, ex quib. caus. in fam. irroga. Molina, lib. 1. de primog. c. 13. n. 16.* qua ratione hos filios odit Ecclesia, quos ob id nominari noluisse vero simile est, *ex adnotatis, in l. Lucius, §. Lucius ff. de leg. 2.*

Quod† præsertim videtur in hac specie admittēdum, in qua constat, nominatam esse filiam concedentis, cui, quemadmodum pater, nō potuit a principio emphyteusin, seu rem Ecclesiæ, in emphyteusin concedere, quoniam illam locupletare ex bonis Ecclesiæ non potest, *iuxta tradita, in c. inquirendum, de pecul. Cleric. vbi Bart. n. 12. & lib. 4. cons. 17. vol. 1.* vbi notabiliter resoluit, emphyteuticam concessionem factam fratri, aut simili agnato concedentis, nullam esse, per tex. *in auth. quib. mod. C. de sacros. Eccles. habetur, in cap. ea enim, vers. quibuscunque 10. quæstio. 2.* vbi Ecclesiarum administratoribus prohibetur, earundem bona consanguineis concedere, propter præsumtam fraudem in Ecclesiam, quæ in huiusmodi concessionibus versatur. Dicuntur enim Prælati in hoc casu cœci, propter nepotū, seu agnatorum suorum dilectionem, vt adnotauit gl. singul. in c. *peruenit. 1. q. 3. & in c. decenti. 89. distinct.* quæ censet, Prælatos valde procliues, ad huiusmodi concessiones, in gratiam consanguineorum. Quapropter Bald *in l. tutor petitus, §. 1 ff. de excusatio. tutorum*, firmat, Prælatum conferentem beneficium consanguineo, ex affectione carnis, non reuelatione spiritus, motum præsumi. Quamobrem Alciat. *in regu. 1. præsumt. 29. post Guido Papa. n. 3.* probat, concessionē feudalem, vel emphyteuticam, a Prælato, in fauorem consanguineorum suorum fraudulētam præsumi. *habetur, in c. quisquis. 12. q. 2.* Qua ratione quamuis Prælatus, possit rem Ecclesiæ extraneis in emphyteusin concedere, cōsanguineis tamen suis, præsertim filiis, aut nepotibus prohibetur, *vt in d. auth. quibuscunq; mod. C. de sacros. Eccl.* probatur, vt neque in ipsos Ecclesiarum administratores, neque in eorum agnatos, facta alienatio teneat, *vt ibi voluit Bart. qu. 4. Ias. in titul. qui feud. dare poss. n. 19. Imol. in cap. vt super. n. 19. de reb. Eccl. & ibi Barb. nu. 9. atq; etiam Syluester verbo. alienatio. §. 22. tradit Signorol. cons. 210. col. 2. vbi alia refert. iuxta Probus, in c. delictum. de reg. iur. in 6. Menoch. cons. 79. n. 20. Gigas de pēsio. q. 44. n. 3.* Quamobrem Afflictus, *in c. 1. qui success. tenean. n. 117.* plura referens, pro regula ponit, *Prælatum, bona Ecclesiæ, consanguineis, in emphyteusin concedere non posse.*

Quo argumento, quemadmodum in proposita specie spuriæ pater non potuit rem, de qua agimus, in emphyteusin concedere: ita neque eius famulus emphyteusin, cui ille concessit, potuit nominare, quoniam a patre magis, quām a nominante capere diceretur. *ex regula l. vnum ex familia. §. 1. ff. de lega. 2.* Quæ est ratio propter quam passim interpretes nostri negant, emphyteutam posse nominare in secūdam vel tertiam personam, filium spurium domini directi, quem a patre nominari non posse, *in tract. de*

*nomi.q.19.*late oſtendimus. & fuit ſententia Pauli, *n. 2.d.§.1.l.vnum ex familia.& poſt alios tradit Meneſ. ibidem, Bart.in l.fi.nu.7.C.de his quib. vt indign. Molin. lib.2.de primoge.c.4.n.8.& 9.* Qua ratione vtiliter defendi poteſt, quod emphyteuta filiū ſpurium, proprium aut alienum, nominare recte poteſt, dummodo non ſit filius cōcedentis: nam cum ab eo nominatus capere dicatur, ſine dubio, omnis, qui ab eo capere poteſt, nominari poteſt. *Paulus per text. ibi in l.ſiue. qui ex bonis, nume.5.ff.de vulg. vbi Iaſ.nu.7. in fi. poſt Alex.& Peralt.d.l.vnum ex familia §.1.ff.de leg.2.a n.27.& ibidem, in §.rogo.n.6. Molin.lib.2.de primog.c.4 n.9.* ſecundum quam traditionem, lex Regia *tit.36.§.4.ſupra eodem*, quatenus negat, ſpurium poſſe emphyteuſin capere, intelligenda eſt, ab inteſtato, quo caſu illa text. loquitur, ſi recte perpendatur, facta relatione ad §. 3. retro. Nam quemadmodum hereditatem patris ſpurius ab inteſtato non conſequitur, ita neque emphyteuſin capere poteſt, niſi ſit legitimatus, vt ea lege cauetur, quia tunc ab inteſtato, emphyteuſin ſimul cum hereditate, conſequetur, *per ſupra ſcripta*, quæ probabilis ſententia eſt, in emphyteuſi profana non Eccleſiaſtica. quoniam hæc ad ſpurios ex defectu intentionis, Eccleſiæ concedentis peruenire non poteſt, *vt diximus in §.4.*

Idque præſertim concedendum eſt. in caſu, quē tractamus, in quo nominandi poteſtas ſub hac forma cōceſſa eſt. *Para elle que nomeaſſe a ſegunda peſſoa, & eſta ſegunda que nomeaſſe a terceira*, quæ libera nominandi facultas reſtringenda eſt, ad perſonas dignas, non vero domino directo, ſeu Eccleſiæ odioſas, qualis eſt ſpurius, vt explicant Paul & alii, *in l.cū quidam ff.de leg.2.* vbi Peralta, *n.5.* Per illa enim verba, *Pro eo, quem elegeris ſeu nominaueris concedimus*, liberam non denotat eligendi poteſtatem, *ſecundū Palat.in repet.c.per veſtras, §.26.nu 3.* qui alios refert. & probant omnes, *in d.l.cum quidam*, liberam concedentis eligendi poteſtatem, quando heredi, aut emphyteutæ, eligendi facultas conceſſa, quem voluerit, Molina *lib.2.de primog.c.5.in prin.& a n.46.* in qua ſpecie admitti poteſt indigni electio. & conſequenter ſpurii nominatio, per *l.d.cum quidam*, & ibi Dd. communiter. *in Gamma, q.2.n.3.* Ceſſat n. hoc caſu prædicta Eccleſiæ concedentis intentio, quæ dum effuſo ſermone liberam nominandi facultatē conceſſit, etiam ſpurium poſſe nominari voluit, *vt d.l.cum quidam notatur.* Quod ſi neque hoc intellexit, ſibi imputare debet verborum effuſionem, ſecundum notata *in l.fi.C.de datis promiſſ.* & iam diximus, *in tract. de nom.emph q.19.n.64.* Cum igitur in pposita quæſtione famulo, magis ſimplex, ſeu boni viri, pro eo, quem nominabit, quam libera nominandi poteſtas fuerit conceſſa, conſequens eſt, nullo modo ſpuriam concedentis filiā nominare poſſe.

Quamobrem prædictus famulus, potuit ſecūdo loco, generum nominare, & in eum ius emphyteuticum ſecundæ perſonæ transferre: quia de iure impedimentum non facit, quod non ſortitur effectū, *regula non præſtat. de reg.iur.in 6. Dd.in l.4.§.condēnatum, ff.de rei iudi.& in l.alienationem, ff.de verb.ſig. Bal. in l.2.n.3.C.de Epiſc.audien. Ripa in d.§.condemnatum, nu.5. Tiraq.de ret.lib.1.§.1.gl.2.n.6. Molina, de primog. Hiſp.lib 2.c.16.n.18.* Et quod nulla electio aliam non impediat probatur, *in c.ſi dilecto, de electio.in 6.* vbi gl. & Dd. communiter, *& in l.hac conditio ſilia mea, ff. de cond.& demonſt. Tiraqu.in l.bona, §.hoc ſermone, ff. de verb.ſign.limit.1. Molina lib.2.de primog.c.4.n.58* Videtur poſſe deduci ex l. Regia, *ſupra hoc tit. §.3.* vbi poſtquam ſtatuit, ſemel factam nominationem cū iuris translatione, reuocari amplius non poſſe, ſubdit, hoc limitaodum in nominatione facta in teſtamento nullo, quia nulliter in ea facta; nominatio aliam ſecundam non impedit, ibi. Subiungens eam rationem, *Por quanto a dita nomeacano ſeita, no dito teſtamento, anda por nenhum, he eſſo meſmo anda per nenhūa, como ſe nunca foſſe ſeyta.* Quo argumento idē eſt dicendum, in qualibet alia nominatione nulliter facta: ſiquidem eadem omnino viget ratio: neque exemplum in l.Regia appoſitum arctat regulam, ex eadem ratione conſtituendam, *l.pen.§.fin ff.de iuris & facti ignoran.* de quo egimus *ſupra c.5.n.8.* Et eligēdi ius non conſumitur per electionē inutilem, nec q; præſtat impedimentum iterum eligere volenti, *l.2. 3.& 4.ff.de optio.lega. tradit Dynus in regula nō præſtat, nu.3.* Alias, ſi electio ſortiatur de iure effectum, conſumtum eſſet ius eligendi, nec licet vlterius variare, *c.quod ſemel.de reg.iur.in 6.l.ſtatu liberum, §.ſi ff.de leg. 2.* Sic etiam legatum relictum pupillæ ſub conditione, ſi contraheret matrimonium, ſi contrahat int. a pupillarem ætatem, & ſic nulliter, non perit, neque præſtat impedimentum, quominus ſuperueniente legitima ætate, poſſit contrahere, & conditionem contrahendo adimplere, *d.l.quod pupillæ ff.quando dies leg.ced.& l.hac conditio §.1 ff.de cond.& demonſt.*

6 Aduerto tamē, famulum in propoſita quæſtione filiam ſpuriam domini ſui pleno iure nominantem (quia n.ſpuria & indigna erat, nominari nō potuit) functum eſſe officio ſuo, adeo quod amplius nominare non poteſt, *ex reg.c.Gratum de poſtu. Prælat. §.ſi quis autem, in auth.de ſanct.Epiſc.* quam Dd. paſſim ad huiuſmodi nominationes. & electiones profanas trahunt & extenduntintelligentes ſuo officio functum eſſe, qui ſcienter indignum iuris indignitate elegit aut nominauit, vt eſt videre, per gl. *d.l.cū quidam.ff.de legat.2.verbo offenderit. tradit Molin.lib.2 de primog.c.4.n.39.* Niſi dixeris hanc natalium incapacitatem, non reddere filiam ſpuriam indignam omnino, & abſolute: quoniam certum eſt, de cōſenſu domini, quemcunque ſpurium nominari, quoniam & ei poteſt a principio emphyteuſis concedi, vt dicemus *in tract.de acq.emph fol.7.* Quocirca & ita concedi poteſt emphyteuſis, vt ad ſpurios etiam tranſeat, *Bald.in c.qua in Eccleſiarum de conſt.n.4. Iaſ. in l.generaliter, C.de inſt.& ſubſt.in §.cum autem nu.11. & in l.ſed ſi hac §.liberos n.2 ff.de in ius vocand. Bertrar. in reg.131.* Vnde cum palam conſtet, ſpurios non adeo tanta inhabilitate & indignitate adſpergi, vt non proinde nominans rurſus eligendi poteſtate priuetur, dicendum puto, non obſtante nominatione in fauorem ſpuriæ, famulum emphyteutam recte maritum ſpuriæ nominare rurſus potuiſſe.

7 Si † præſertim conſideres, hanc obiectionē non fundare ius agētis, ſolumque dominum directum, cuius intereſt, neminem aliū poſſe nominari (quod per primam indigni nominationem, iterum nominandi poteſtate fuerit priuatus) opponere poſſe; non filiam ſpuriam, cuius nulliter facta nominatio nullum illi ius tribuit, neq; etiam eius filios aut heredes, ad quos illa nullum ius emphyteuticum potuit transferre, cum nihil haberet: Quamobrem ſolus dominus directus nominationis nullitatem ḡdt

obiicere & emphyteusis exstinctionem, & priuationem inde secutam, *secundum gl. 4. ad fi. in l his consequenter, ff. famil. hercisc. receptam a Doct. ibi, & Boerio, q. 25. nu. 19. Costa in c. si pater, verbo. vxorem, de testa. in 6. nu. 12.* qui resoluunt, de iure fisco competente, propter dignitatem eius, cui res est legata, excipere nemine posse: quo argumento, neque de iure domini directi resultante ex commisso. aut emphyteusis exstinctione, nemo alius praeter dominum directu excipere potest, *vt explicat Iaf. in l. 2. C. de iure emphy. n. 6. Corn. lib. 2 conf. 16. lit L.* Quare impedire non potest, in fauorem marriti facta nominatio, cu demum a domino directo fuerit confirmata: ex quibus in fauorem generi videtur respondendum.

8 Verum, † & si hec probabilis videatur opinio, nihilominus contraria probabilio, videtur, si rem vt decet, perpendamus. Etenim de iure Canonico in alibi reperiri interdictam emphyteuticam omnissionem in fauorem agnatorum, seu Praelati, seu rectoris Ecclesiae, cuius res in emphyteusin conceditur, manifestum est, vt in specie obseruauit Panorm. *in c. vt super de reb. Eccl. n. 19. & conf. 41. n. 1. lib. 1.* quem sequitur Alciat. *in reg. 1. praesumt. 29. Iul. Clar. l. 4. §. feud. q. 13. n. 5.* intelligentes tex. *in auth. prohibitur quemodo, C. de sacros. Eccl.* solum loqui & procedere in oeconomo, cuius inferior multo est potestas, quam Episcopi, *vt explicat Alciatus.* & fuit sententia F. derici, *conf. 52.* eni magis communiter adhaerent scribentes, dummodo res concessa grandis non sit, nec consanguineus, cui illa conceditur, Ecclesiae nimium onerolus, *vt asserit Imol in d. c. vt super, n. 18. Curt. iun. lib. feudorum, n. 2. p. q. 7. per tot. pag. 127.* qui n. 9. hanc testatur esse magis communem sententiam, quam ille sequitur, & Brun. *conf. 14. n. 423.* Concordat Ripa *lib. de peste, de remed ad conseruan. nu. 170. Signorol. conf. 210. n. 2.* & nouissime Menoch *conf. 79. nu. 16. vol. 2.* & est pro hac opinione bonus tex. *in c. relatu, 12. de test.* ibi: *Siue sint consanguinei, siue alij confirmantur.* adstipulatur bonus text. *in c. dilecto, in prin. de praeben.* ibi notant D. I. Episcopos, & alios conferendi potestatem habentes, ecteris paribus, suis agnatis, & attinentib. beneficia conferre posse, quia nemo vnquam carnem suam odio habuit, *c. non exsistimemus, 13. q. 2.* Imo caritas bene ordinata incipit a seipso, *l. praeses, C. de seru. & aqua.* Si consanguinei conferentis sint benemeriti, praetermitti non debent, vt etiam admonuit D. Thom. *2. 2. q. 63. art. 2. in respon. ad primum & quolibeto 4. art. 15.* Nil mirum ergo, si etiam vacantem emphyteusin extraneo conceſsurus, suo etiam agnato praelatus, possit libere concedere.

9 Iuuant etiam † notata *in c. non satis, 86. distinct.* vbi etiam testamentarius executor, in distribuendis eleemosynis, suos potest propinquos praeferre, & fuit notabilis sententia Ioan. Andreae, *ad Spec. in titul. de instr. editio. §. nunc aliqua verb. continuatur, in fi. Anch. conf. 387. Ripa lib. de peste, de rem. ad conseruan. Ubert. n. 163. Alciat. in reg. 1. praesu. 29. n. 8. Curt. lib. de feud. 2. par. n. 4. q. 7. pag. 127.* Imo semetipsum, nedum suos potest eligere. Si est pauper, *vt adnotauit Paulus de Eleazar. in Clem. 1. de testam. Socin. lib. 1. conf. 11. Panor. in c. si. de institut. Ripa vbi supra num. 174. Felin in c. 1. de constitut. num. 49.* ad idem probans in abbatissa paupere, quod potest eligere suum monasterium, *et dem Felin in c. cum cessa abii de officio Ordi. num 9.* Quo etiam argumento huiusmodi testamentarius executor potest, eligere defuncti testatoris cognatos, & inter illos bona distribuere, *Bald. Angel. & Imola, in l. illa institutio, ff. de hered. instit. Ripa in l. 1. de priuileg. cred. num. 3.* tradit *Menchaca plures referens, lib. de success. resolutio. cap. 18. num 110. versic. demq.* Quae sententia adeo vera est, vt etiam filium, spurium ipsius testatoris, eligere recte possit, *vt tradit Palaeoto, lib. de Nothis & spuriis, cap. 44. in prin.* non obstantibus his, quae scripsit Bart. *in l. fin ff. de his quib. vt indign. & Paulus in l. Lucius, 6. fin ff. de legat. 1. Capola cautela 38.* qui contrarium significare videntur, ex regula *l. vnum ex familia, §. 1. ff. de leg. 2.* quasi in hoc casu a defuncto magis capiat electus, quam ab ipso exsecutore. Qua ratione quemadmodum parens, non potuit spurium filium eligere, & illi bona sua donare, ita nec exsecutor illum potest eligere, aliter fraus fieret legi interdicenti, ne quomodo parens bona sua, in spurios filios conferat, *§. fin. & ibi Angel. & alij, quibus mod. natur. effici. sui, Cagnol. in l. penult. C. ad Orpic. ... num. 45.* quia huiusmodi filii non sunt agnati, nec cognati. *Alex. conf. 174 num. 5. Dec. conf. 311. Franc. Vacco. ... 138 vers. quarto. Cagnolus, d. l. pen. num. 46. Mandell. conf. 30. num 3.* quae legis fraus, vt euitetur, negandae est exsecutori potestas eligendi filium spurium, ipsius testatoris, quem neque ille eligere poterat. Quo argumento *supra num. 3.* diximus, emphyteutam ex facultate sibi concessa, minime posse filium spurium, domini directi nominare: ne per indirectum a patre contra legum praecepta, ille bona paterna capiat. Quibus omnibus post positis Palaeoto placuit, *d. c. 42.* contrarium: quoniam inquit, fraus debet palam, & perspicue probari, *l. dolum, C. de dolo.* In dubio autem in herede eligente cessat omnis fraus & sinistra suspicio, ex regula *l. merito, ff. pro socio.* nec sola sanguinis coniunctio fraudem inducit aut probat, *gloss in c. relatum de prab. in fi. & in c. 1. de offic. Vica. in 6.* Quocirca nisi aliunde iustificetur fraus in casu quem tractamus, illa cessat. Siquidem constat defunctum in genere rogasse heredem, seu exsecutorem, vt pauperes eligeret: qui si filium testatoris pauprem voluit eligere, nullam fraudem fecit suo functus arbitrio & ministerio vsus, quare illi standum est, *Soc. in l. 1. Bald. conf. 242. lib. 2. Corn. conf. 236. vol. 2.*

Verius tamen est, spurium filium † testatoris eligi non posse, ab exsecutore, cui eligendi pauperes, potestas commissa est: quoniam, *vt d. c. 44. nu. 2.* Palaeotus adnotauit, exsecutor in hac specie, nudo fungitur ministri officio, qui sola personaru electione cōsistit, qua semel facta cetera omnia defuncto tribuuntur, & ab eo facta exsistimātur, vt habetur, *in d. l. vnū ex fam. §. 1. Iaf. in l. si is, qui pro emtore, ff. de vsuc. n 312. Paul. & alij d. §. 1. & in l. coheredi, §. cū filia, ff. de vulg. Rom. conf. 116.* & hoc pala videtur respondisse Bar. *conf. 194. & Bal. in l. id q. pauperib. n. 41 de Epis. & Cler.* Quo ū argumēto Palaeotus, *d. c. 44. post n. 4.* cōtra Bald. *d. l. id quod pauperib. & Anchar. conf. 436.* atq; et Alex. *in l. si is, qui ff. de vulg. col. fin.* negat ipsius exsecutoris filium, spurium eligi posse. quonia inquit, proprium eligens filium ... potius affectione q erga D... moratur tamen motus dicitur, arg. nota. *in l. Nesennius ... & eorum,* quae tradit Dec. *consil. 120. nu. 4.* Quare causa ... defuncti volunt. ti dici non potest, quoniam Dei pietate duntaxat, inter illos pauperes considerari voluit, qui bona illa distribui mandauit. Quae est ratio, propter quam minime exsecutor, potest sibi quidpiam appruptiare, 10

seu attribuere, *Bald. in l. 1. n. 48. de sacros. Eccles.* & cōsequenter neque filium spurium eligere, a cuius alimentis per consequentiam liberaretur. Verum, quia plures iam relati contrarium opinantur, aduerto, ista non procedere, quando huiusmodi exsecutor nimia oppressus egestate, ad alimenta filio spurio præstanda compelli non potest: quo casu recte poterit filium spurium eligere, *cap. quisquis. 12. q. 2. & ibi Gemin.* ad quam speciem, ex Palæoti sententia, *dict. cap. 44.* sunt reducendi, qui firmant, exsecutorem posse eligere proprium filium spurium.

11 Illud † autem in proposito manifestum est, Prælatum, seu beneficiarium, ex fructibus Ecclesiæ posse iuuare suos propinquos, inopes & egestate laborantes, *c. 5. & ibi Panor. notab. 2. de do. bit.* Quod etiam in filiis spuriis procedit, per text. *in c. cum haberet, de eo qui duxit in matrimonio.* vbi DD. qui non solum alimenta, imo & dotem præstari posse concedunt. Vt est videre per Curtium. *in tract. de iure patron. verbo, honorificum, num. 12. & habetur, in c. est probanda, & in c. non satis, & in c. dominus. 86. distinct. Socin. cons. 11. col. 2. Ripa, lib. de peste. §. deinde. num. 164. & 174. Alciat. resol. 2. p. æsumt. 29. num. 7. & 8. Palæotus, d. c. 44. in fi. habetur in c. omnia, & ibi gl. & DD. 31. dist. & in c. 1. de cohab. Cler. Ripa, in l. 1. ff. de pi. quil. credit. num. 42 in tract. de peste. §. de conseruan. l'bert. n. 162 tradit Capolla cautela. 9. sub cautela 38. Couar. in c. 1. de sponsalib. §. 5. num. 12. ad finem. Cordub. in l. 1. §. idem rescripsit, num. 25. de liber. agnos. fol. 45. & Palæotus in tract. de nothis c. 45.* Et vbi *num. 8.* notabiliter probat, patrem pro alimentis emphyteusin filio spurio stipulari posse, de qua re Affl. *q. 99.* Et quod ex reditibus Ecclesiæ, sit filia spuria dotanda, tradit Panorm. *in c. 1. de coh. Cler. nu. 4. Palatius in c. per vestras, §. 72. nu. 13.* probat Maior *in 4. distinct. 24. q. 19. Cosma in pragm. Sanctio. titul. de concubinariis, verbo cohabitare, fol. 89. & Corsetus verbo, spurius. in sing. & Curt. iun. cons. 37. num. pen. & fin.* Ex quibus quidem iustificatur crebrior supra scripta sententia, quæ habet, prælatos libere posse bona suarum Ecclesiarum, propinquis, & consanguineis in emphyteusin concedere, vt resoluūt Alciatus, *d. regul. 1. præsumt. 29.* & Curtius *lib. de feud. q. 7.* quibus minime obstat text. *d. auth quibuscunq; modis,* quoniam vt Panormitanus, & alii a Curtio relati *d. q. 7. nume. 4. versic. 4.* respondent, solum loquitur, & procedit in œconomo, cuius potestas debilis, & fragilis est, multoque inferior Prælatorum potestate. Vt etiam Alciatus respondet, *d. præsumt. 29.* Verius tamen est, quod d. auth. *vt colligitur ex corpore, vnde sumitur,* loquitur, etiam in ipsius ordinatorib. & sic Episcopis, qui alios ordinant, vt cum Imola, obseruauit Curtius *d. versic. quarta.* Quare dicendum est, quod cum ius Canonicum solemnitates fore obseruandas, in rerum Ecclesiasticarum alienatione statuit, a iuris ciuilis regulis recessisse videtur, vt tradit glossa recepta, *in ca. 1. de reb. Eccl. in 6. verbo tracta.* Quare de dispositione d. auth. curandum non est. Vel etiam responde, illum textum, solum negare perpetuam concessionem Emphyteuticam, non ad tempus, vel in tertiam generationem, vt ibidem voluit Bartol. receptus a Barbatia. *lib. 4. cons. 17. colum. 2. post principium.* & Afflict. *in c. 1. qui success. tenean. n. 119.* Vel alter, ibi Imperatorem non agere de potestate Prælatorum, circa bonorum alienationem, sed id tantum prohibere, ne quo modo œconomus, sibi, aut cognatis suis, Ecclesiæ bona conferre aut appropriare præsumat. Qui sensus literæ tex. germanus & genuinus esse videtur. Vel aliter respondeo, quod & si verum sit, Prælatum nō posse propinquis suis emphyteusin concedere: poterit tamen, si ille alias sit diligens Ecclesiæ pastor, & rerum Ecclesiæ administrator, & propinqui, quibus fit concessio, benemeriti, & Ecclesiæ vtiles, non onerosi. vt resoluit Sigoorolus, *cons. 210. Affl. d. c. 1. qui success. nu. 124.* qui hoc casu intelligunt cessare omnino fraudem & prohibitionem.

Quod idem obseruandum est, si propinqui sint pauperes, bonæque vitæ & conuersationis, *vt post Iacob. de Bel. probat Bart. d. auth. quibuscunq; C. de sacros. Eccl. & Afflict. in c. 1. qui success. teneantur. nu. 120.* 12
Quæ resolutio proposita spectet apt ari recte potest, si consideres filiæ pro dote & alimentis, tanquā pauperi emphyteusin concedi posse, ex tex. *in c. cum haberet, de eo, qui duxit. & Bart. in auth ex complexu, C. de incest. nuptiis.* Nec vlla efficacior est ratio in Prælato, cur magis filios, quos habet, alere potest, & dotare ex Ecclesiæ fructibus, imo & ex bonis Ecclesiæ fisticis, vt contra Baldum resoluit Corduba *de alimētis §. idem rescripsit, nu. 26. fol. 45.* quam ex bonis eiusdem Ecclesiæ vacantibus, & quæ extraneis Prælatus erat concessurus.

Præsertim † si res est modica, quæ filiam, aut propinquum, non locupletat, cui conceditur, vt post alios resoluit Affl. *d. in cap. 1. qui success. tene n. 121. cum seq.* Conuenit Tridentina Constitutio, Sessio. 2 5. c. 1. ibi: *Nec res Ecclesiæ, quæ Dei sunt, consanguineis donent, si pauperes sint, iis, vt pauperibus, distribuant, eas autem non distrahant neq; dissipent, illorum caussa, imo quam maxime potest, eos Synodus monet, vt omnem humanum hunc erga fratres, nepotes, propinquosque carnis affectum, vnde multorum malorum in Ecclesia seminarium exstat, penitus deponant* & Bracarensis Synodus Prouincialis, *4. actio. 2. c. 13.* Ex quibus deducitur, in pauperes propinquos pro modo necessitatis & inopiæ, posse Prælatos, & beneficiarios Ecclesiasticos suarū Ecclesiarum bona dispensare, quę laudabilis distributio & dispensatio est, non reprehendenda, *ex his quæ scripsit Nauarrus, in libr. de fructuum, benef. q. 1. a num. 17. fol. 6. & fol. 73. num 4. & in suis in tract. de spoliis Clerico. §. fin. num. 2. & Molina. lib. de primog. 2. ca. 10. num. 26.* 13

Nec † existimandum est, prædictas constitutiones solum agere de dispensatione fructuum seu reditūum Ecclesiasticorum, quoniam illud verbum, *Res,* de quo, *d. c. 1. Trid.* vniuersale est, quod omnia bona comprehendit, tam mobilia, quam immobilia, *l. res appellatione 23. vbi Rebuffus, ff. de verbor signi. l. res appellatio 5. eod. tit. latissime DD. in l. 1. ff. si cert. peta. tradit Pinell. in rub. C. de bon. mater. 1. p. num. 5. Ripa in l. Labeo ait, n. 3. ff. de lega. 1. Corrasius, in l. naturaliter, §. nihil commune, ff. de acqu possess. nu. 55. Iason in l. serui electione, §. Labeo, anu. 8. ff. de legat. 1. Gomez. in §. omnium, Inst. de actio. num. 24. & ibi Bencasius, nu. 205. Alciat. in l. verbis legis, ff. de verb sign. Vinius libr. opin. commun. verbo. Verbum res. Gigas de lesa maiest. q. 34. num. 18.* ex quorum resolutione vbique liquet, Triden. Decretum, non tantum fructus & reditus Ecclesiarū, sed & earum bona, tam mobilia, quam immobilia respexisse: quæ moderate quidem, & pro modo necessitatis Prælatos, in fauorem propinquorum alienare posse voluit, nedum ergo in emphyteusin cōcedere 14

cedere, eo præsertim casu, quo res est vacans, & extraneo erat concedenda; quo casu non etiam procedit dispositio, *d. auth. quibuscunq; modis, C. de sacros. Eccles.* vt ibidem explicant Baldus, *n. 4.* & Paul. 3 atq; etiam Ias. *in c. 1. qui feud. da poss. n. 19.* intelligentes, d. auth. solum interdicere cõcessionem, bonorum de mensa, seu ea quæ in emphyteusin concedi non cõsueuerunt, pro alia, quæ concedi solita est: quæ quemadmodum extraneis in emphyteusin dari possunt: ita etiam propinquis valent, siquidem omnis cessat, fraus, & præiudicium.

15 Quo † iure in his regnis vtimur, in quibus vsu & consuetudine passim receptum est, Prælatos, & inferiores, suarum Ecclesiarum bona in emphyteusin concedere posse, cum vacant, quæ consuetudo hac in re obseruanda est, vt probat Afflictus, *in cap. 1. qui success. tenea. n. 128.* quę præsertim in prouincia Interamnensi obtinet, in qua nulla vnquam concessio extitit, etiam per viam renouationis, citra superioris auctoritatem & decretum, vt dicemus *in tract. de acq. emph fol. 69.* quo casu posse propinquis concessionem fieri Affl. *in c. 1. qui success. teneant.* palam docuit, *n. 127.* Nec mirum, quia decretum superior non apponit, nisi sibi caussa cognita, & seruatis his, quæ in alienatione rerũ Ecclesiæ de iure sunt obseruanda, in Ecclesiæ vtilitatem, concessioné fieri constet. Quo casu quia seruata est, a iure præscripta solénitas, & constat in concessionem cedere, Ecclesiæ vtilitatem, cõcessio impediri non debet, *vt voluit And. de Isern. in d. c. 1. qui success. tenean. & ibi Affl. n. 126.* Omnis n. alienatio, in Ecclesiæ vtilitatem facta nõ est prohibita imo permissa, *D. Ant. ad aures de reb. Eccl. Dec. cons. 124. n. 3. Gomez in c. fi. § si vero, de iudic. in 6. n. 24. tradit Alex de Neuo, cons. 30. nu. 4.* & dicemus *in tract. de acq. emph fol. 75.*

16 Probatur † autem vtilitas ex decreti superioris interpositione. *Dec cons 341. n. 12. Probus in c. quam sit. de electio. n 15. in 6. & in c. 1. de reb. Eccl. nu. 11. Soarez alleg. 21. post prin. Paris. lib. 1. cons. 24. n. 5. Syluan. consil. 26. n. 10.* Quamobrem vbi Prælatus, cognato suo, ré in emphyteusin cõcessit, cũ decreto superioris & iuris solénitate, non est, cur solius cognationis, caussa cõcessio infirmetur, q̃ facta extraneo firma foret cẽsenda, quod satis videtur agnouisse, Alcia. *reg. 1. præsum. 29. n. 4.* resoluens, solam cognationem non sufficere, ad inducendam Ecclesiæ læsionem & fraudem. Nam etsi verum sit, Prælatos, hallucinari ac cæcutire circa nepotes & consanguineos, *vt dixit Bal. in l. tutor petitus, § 1. ff. de excus. tutorum,* & propterea facilius, in perniciem Ecclesiæ fraus commissa præsumatur, *vt resoluit Menoch. cons. 79. n. 20. vol. 1.* non tamen proinde censeri debet nulla concessio, si præsertim probes eorum sententiam, qui ex affectione sanguinis, vllam posse argui fraudem inficiantur, de quorum numero est Panorm. *in c. vt supra de reb. Eccl. n. 18. Iason § item si quis in fraudem. n. 41. Instit. de actio. Ripa, lib. de peste. § de conseruan. Vber, n. 170. Firmius de Episc. lib. 4. q. 23. n. 45.*

17 Ex † quibus proculdubio videtur resoluendum, cõcessionem a principio factam filiæ spuriæ, si modo cum decreto, obseruatisque a iure solemnitatib. celebretur firmam, validamque tanquam in Ecclesiæ vtilitatem factam, quemadmodum firma, foret, si alicui extraneo cõcessa fuisset. Cessat enim in hoc casu ratio, d. auth. *quibuscunq; modis. C. de sacros. Eccl.* quæ ob fraudem in Ecclesiam processit, qua cessante, prout in proposita specie cessare quoque debet eius prohibitio, *arg. c. cum cessante de appell. l. adigere, § quamuis de iur. patr.* Quo argumẽto & ratione respondendum est, hanc spuriam nominari a famulo patris recte potuisse, & ex dotis caussa in eã emphyteuticum, seu vtile dominium, quod habebat trãsferre, non obstante natalium defectu, qui non obstaret, si illi a principio, emphyteusis fuisset concessa, iuris solemnitate obseruata, *per supra scripta.* Quæ resolutio confirmatur, si consideres dominum directum fuisse præsentem nominationi, illiq; assensum præstitisse. Quocirca via defendi secunda nominatio potest in fauorem generi facto, in præiudiciũ primę, q̃ per supra scripta valida censeri debet pro alimentis, seu dote collata, *vt diximus supra c. 1. n. 49.*

Denique † natalũ defectus, quem filia spuria patitur, purgatus dici põt, ex mariti legitimitate, quæ 18
vxori communicatur: est n. hic pulcher modus legitimandi fœminam Bastardam, seu spuriam, quod viro legitimo nuptui tradatur: eo enim ipso illa legitimitatem, & quasi iura natalium consequitur, & primæuæ naturæ restituitur, vt pulcre docuit Angel. *in auth. quib. mod. natur. effic. sui. § quod vero. in fi.* Capacitas enim viri ad vxorem porrigitur, *Bald. in l. si quis per textum ibi C. de natur. liberis. Hippolytan. sing 501. Probus, in c. is qui de sepultur. n. 9. Alciat. in l. speciosas, tit. B. ff. de verb sign.* Tanta est inter maritum & vxorem coniunctio, vt duo in carne vna censeantur, *vt habetur. Genesis 1. c. fin. c. Martin. de cognatio spiritu. & in c. debitum, de bigamis, & c. fi. 33. q. 5.* Quare dicuntur diuinæ & humanæ domus socii, *l. aduersus, C. de crimin. expil. hered. Oliua cons. 95. col. 3. Ang. cons. 141. in prin. habetur in l. quamuis, C. de furt. l. 1. ff. de ritu nup. & tradit Cuman. consi. 89. cum aliis cumulatis a Probo, in d. c. is qui,* vbi multa congerit, notabilia, & de priuilegiis mariti vxori communicandis. *Tiraq. in ll. connubial. gl. 2. a nu. 52.* Vxor n. mariti radiis illustratur, *l. mulieres, C. de dign lib. 12. habetur in l. fœmina, ff. de senatorib.* Quamobrem Bochæus, *lib. de nuptiis, ante n. 32. cum seq.* vtiliter resoluit, filiamfamilias nubẽtem viro habenti dignitatem, quæ illum emancipatam reddat, similiter emancipatam dici. Olim quoque libera mulier seruo nubens, serua efficiebatur ex Senatusconsulto Claudiano, *l. vni. C. de Senatusc. Claud. habetur 29. q. 2. c. Perlatum.* sequebatur enim mariti qualitatem & conditionem, & seruilis status efficiebatur: & patricia dignitate fruebatur si patricio nubebat, quoniam viri priuilegio & prærogatiua frui debet: quare viri forum & domiciliũ sequitur, *l. cum quædam, ff. de iurisd. omn. iud. & ibi not. Dd. & l. exigere dotem, ff. de iud. & ibi Bald. l. ea quæ. & l. vlt. § eidem rescripserunt mulierem, & ibi Bart. ff. ad municip. cum aliis, quæ aliis adducit Tiraq. in l. 1. connubial. gl. 1. n. 28.* & efficitur vxor ciuis ciuitatis viri, *glo. in l. ciuis, & ibi Bart. & Ang. & Ioan. de Plat. C. de incol. lib. 10. & Bart. in d. § item rescripserunt, vers. quæro vtrum vxor cum plurib. congestis per Tiraq. d. gl. 1. n. 29.* quin etiam eiusdem est originis, *vt voluit gl. notab. in l. origine. C. de municip. & Origina. lib. 10.* & plura ad idem cumulat Tiraq. *d. gl. 1. n. 30.* Quinimo vxor dicitur de familia viri non patris *l. quicunq;, C. de re milit. lib. 12.* vbi hoc notat Bart *& l. pen. § Iulia. vt notat Accurs. ff. de falso tut. & plura Tiraq. d. gl. c. nu. 31.* Ex quibus cum spuria hęc nupserit marito legitimo & naturali, emphyteusis Ecclesiasticæ capaci, legitima etiam & capax censenda est, & cõsequenter in eius fauorem

19 facta nominatio, efficax & valida cenſenda eſt.

Quod† ſi dixeri, nominationem prædictam.ex hac cauſſa, iuſtam reddi non poſſe, quoniam facta fuerit, antequam matrimonium cum viro legitimo contraheretur; Reſpondemus, ex cauſſa dotis factã nominationem conditionalem eſſe, ſi matrimoniũ ſequatur, *l. promittendo, 42. ff. de iure dot. Bar. & Paul. in l. Titio centum. §. Titio genero. ff. de cond. & demonſt. tradit Corneus conſ. 318. lib. 3. Thom. Gra. conſ. 57. & Tiraq. de retr. conuentio. §. 2. n. 53. cum ſeq.* Quamobrem in tempus futuri matrimonii videtur, nominatio facta & deſtinata, & conſequenter valida, *ex regula l. in tempus. ff. de hered. inſtit.* Vel etiam reſpondeo, p̃dictum famulum emphyteutam contracto matrimonio denuo ex cauſſa dotis præcedente, maritum nominaſſe, quæ nominatio, cũ filiæ ſeu vxoris contemplatione facta ſit, in illius fauorem facta magis videtur, *ex his, quæ alibi diximus*, aliter periclitari d. nominatio, in fauorem mariti poſſe videtur, quaſi in legis fraudem facta, & contra ea, quę habentur in *l. neq; per ſe. C. de hered. inſtituen.*

20 Verum etſi† hæc vrgere videantur, aduerto tamẽ prædictam Angeli doctrinam *in d. auth. quibus mod. natur effic. ſui §. quod vero. ad finem*, reſoluentis fœminam illegitimam legitimati iura conſequi, per matrimonium cum legitimo contractum, ſolum procedere & admitti poſſe quo ad priuilegia, & honores non vero quoad ſucceſſionem, vt eleganter obſeruauit Alciatus *dict. l. ſpectoſas, de verborum ſignif. lit. B.* cui accedit Roſella *libro de legitimatione, cap. de cauſſa materiali. num. 7.* in ſimili reſoluens, legitimatum per oblationem Curiæ ſolum honores conſequi, non patris ſucceſſionem: Quo etiam iure vtimur in nubente alicui viro legitimo: quæ ſane etſi mariti priuilegiis, & honoribus illuſtretur, quoad ſucceſſionem, tamen & ea, quæ citra mariti miniſterium, capere cupit & intendit, legitimatione indiget, aliter legitimam parentum ſucceſſionem nõ obtinebit, neque ad emphyteuſin Eccleſiaſticam nominari poterit propter natalium defectum, & labem, quã cum legitimo viro contractæ nuptiæ non purgant aut eluunt. *Quid igitur tenendum?* Difficilis mediusfidius & anceps hæc quæſtio eſt, ſed quoniã ſuper hoc lis pendet, candidus Lector ex ſupra deductis iudicabit, quid magis ſequendum ſit.

21 Quod† autem ſupra diximus, emphyteuſin, genero datam, nomine dotis ad filiam pertinere, quæ domina dotis eſſe dicitur, ſane intelligendum credo, niſi illam æſtimatam ſocer dederit, quoniã tunc illa magis ad generum pertinet, quam filiam, *ex his quæ ſcripſit Curtius ſenior conſ. 27. n. 25. Palat. in rub. §. 12. col. pen. ad fi. & Couarr. pract. qq. ca. 28.* & habetur *in l. quoties, C. de iure dotium.*

Ex eiſdem etiam verbis conceſſionis, ibi, *filho, ou filha dantr ambos, &c.* palam deducitur, Monaſteriũ, huiuſmodi emphyteuſin nũquam religionem ingreſſus habet, capere non poſſe. Illa enim verba, *Dantrambos*, hanc fictitiam filiationem excludunt, *vt tradit Imola, in l. Lucius, in 2 ff de hered. inſtit. n. 4.* qui in fortioribus terminis loquitur, nempe, quando emphyteuſis fuit conceſſa pro me, & filiis meis, ex meo corpore natis, ad quam negat poſſe admitti Monaſterium, quamuis religio & inſtitutum bonorum capax ſit. Illa enim dictio, *Ex*, naturalitatem exigit, nec eſt ciuili contenta, *Dec. conſ. 399. colum. 2. Tiraq. in l. ſi vnquam, verbo liberos, n. 15. C. de reuoc. don. & in tract. de primog. q. 84.* Concordat Gabr. *conſil. 90. in prin.* Quocirca cõceſſio facta pro filiis ex corpore natis, qualis eſt iſta, pro marito, & vxore vtriuſque liberis ſiue filiis, natis ex eis, monaſterium excludit: ex ratione prædicta, quia concedens, filios tantum naturaliter productos reſpexit, non ciuiles, ac imaginarios, *l. ſi ita quis 53. §. 1. ff. de legat. 2. vbi Dd. & in l. fin. C. de his qui veni. ætat. impetra.* bonus tex. *in l. fideicommiſſum. 75. ff de cond. & demonſt.* quibus iuribus a conceſſione pro filiis facta, adoptiuus ſubmouetur, quia verba naturaliter ſunt intelligenda, non per fictionem. Quamobrem in caſu, quem tractamus, quando emphyteuſis eſt conceſſa pro marito vxore, filiis vtriuſque, ſine difficultate palam conſtat, dominum directum fictos filios ſubmouere voluiſſe, ſiquidem pro filiis, vtriuſque coniugis, & ſic non alterius tantum emphyteuſin conceſſit: Quod in ſpecie voluere Bald. & Paul. *in l. Deo nobis. C. de Epiſc. & cler. Bald. in auth. niſi rogati, C. ad Treb. Ripa in l. ex facto. §. ſi quis rogatus. ff. eod. nu. 37. verſ. & ideo pro ſubſtituto. Gratus conſ. 111. nu. 49.* vbi plures refert, & Decius *in c. in præſentia. de probatio. nu. 48. Octauianus deciſio. Pedemont. 126. nu. 18.* firmans hanc eſſe communem, vbi reſpondet contrariis, præſertim auth. *in. de ſanctiſſ. Epiſcop. § ſed hoc præſenti*, vt procedat in conceſſione pro filiis facta, quæ monaſterium omnino non excludit, quoniam filii appellatione continetur, ne quomodo concedens accipientem a vita contemplatiua remouere videatur. *Barto. dict. l. ſi ita quis. §. 1. ff de lego. 2. Doctores in cap. in præſentia de probatione cum aliis, quæ adducit Octauianus d. deciſ. Pedemont. 126. num. 4. & 5.* Quocirca concedentis non repugnat voluntati, monaſterium obtinere, quod filiis erat concedendum, ſi illos emphyteuta habuiſſet, ante religionis ingreſſum, *ex Matheſil. ſingul. 52. Ferrarius in cautela 9. Boerius. quæſt. 3. nu. 14. Cotta verbo, conditio adiecta*, qui reſoluunt legatum filię relictum ſi nubat, eidem religionem ingreſſæ deberi. Imo, & quod magis eſt, firmant centum illam obtenturam in dotem relicta, quamuis ſolum quinquaginta fuiſſent relicta pro religionis ingreſſu, tradit Viuius, *libr. commun. opinion. verbo filia relinquens*, & Octauianus *dict. deciſio. 126. num. 6.* Secundum quem ſenſum, quando emphyteuſis fuerit cõceſſa, ſimpliciter pro filiis, ſunt intelligendi, Baldus, Paulus, & Decius, *conſ. 674. num. 3. & 259. n. 2.* cum aliis, quorum meminit Octauianus *d. dec. 226. n. 7.* qui in fauorem religionis, ſeu monaſterii reſponderũt, & Felin. *d. c. in præſentia de proba. n. 36. verſ. & iſta.* nõ vero quando conceſſio fuit facta in fauorem filiorum ex corpore natorum aut vtriuſque: quoniam hæc conceſſio plane monaſterium excludit: licet aliter loquatur Dec. *conſ. 426. col. 1. & Iaſ. in auth. ſi qua mulier col. pen. C. de ſacroſ. Eccl. Ripa in l. ſi vnquam. C. de reuoc. don. q. 34. & in l. ex facto. §. ſi quis rogatus. n. 38. cum ſeq. ff. ad Treb. Pariſ. d. c. in præſentia, de prob. n. 136. cum ſeq. Barb. lib. 1. conſ. 20. Bertr. conſ. 123. lib. 2. Ruin. conſ. 153. num. fi. lib. 3. Aymo. conſ. 152. col. 1.* qui firmat communem.

Ex† quibus etiã ſubmouendũ fore filiũ adopti-
nũ, indubitai iuris eſt, ex auctoritate ICtor. *in d. l. ſi* 22
ita quis. §. 1. ff. de leg. 2. & d. l. fideicommiſſum. ff. de cond. & demonſt. vbi id expreſſe deciditur. Quod idẽ neceſſario reſpondendum eſt, in filio legitimato, quẽ conceſſio p̃ filiis vtriuſq; ſine dubio excludit, vt p̃bat Bald. *in l. filium. lect. n. 2. in prin. ff. de his, qui ſunt ſui.*

Submouebitur etiam filius conceptus post deportationem, quia ab alio homine, quam ab eo, cui emphyteusis fuit concessa, dicitur procreatus, *vt diximus in tract. de nominat emph. q. 5 n. 16.* Quo argumẽto & multo magis idẽ dicendum est, in filio secundi matrimonii, quem non posse nominari, dict. verba, *Dantrambes*, facile demonstrant: siquidem non alium, quam filium illorum coniugum vocant. & sic ex illo matrimonio, seu coniugio natum, *vt Rom. cons. 65. vol. 3. & Phanut. de lucro dot. pag. 231. nu. 28. & Gamma. q. 351. & q. 382. ad fi.* vbi hanc probat sententiam licet aliud censeat, *d. q. 351* Id n. illa dictio, *vtriusq;*, Id est, *Dantrambos*, postulat, quoniam vtriusq; coniugis, id est, mariti & vxoris concursum desiderat, vt explicat Corneus, *lib. 4. cons. 233. lit. M. per tex. in l. cum quidã. 10. C. de impuber. & aliis subst.* Vbi ponitur casus, in quo pater duobus impuberibus institutis substitutum dedit, si vtriq; impubes decesserit, & substitutum audiendum nõ esse, omissa antiquorum controuersia, nisi vterque decedat. Imperator sanxit, ibi: *Et placuit Sabino, substitutionem tunc locum habere, cum vterq; decesserit.* Alterq; cum quis duobus impuberibus substitutus fuit, cum vterque decesserit, inquit Imperator, *neque est cogitasse patrem, pro filio decedẽte, fratrem suum in eius portionem succedere.* Quare ibi Imperator negat substitutioni locum fore, nisi vterque in prima ætate decesserit, *& ibi notant Dd. & in l. quamuis, e. eod tit.* vbi Bart. *2. notab.* probat, substitutionem vulgarem factã duobus simul copulatiue, locum non habere: nisi vterque desinant esse heres, quod ex tex. ibi in fi iũcta gl. deducitur, ibi: *Manifestum est, in eum casum factam substitutionem, quo vterq; heredum substitui potuit.* Videtur n. testator heredes inuicem substituisse, & vtrique substituisse, seu vltimo loco decedenti, *sequuntur Paul. & alii, ibidem Bart. in l. hoc art. ff. de hered. inst.* & est communis resolutio *teste Ias. in l. 1. col. fi. nu. 67. ff. de vulgari.* Vbi multa cumulauit Ripa *n. 188. cum seq. Politus de vulgari. q. 25. Ripa in l. heredes mei, §. cum ita. n. 100 ff. ad Treb.* Quo argumento in casu nostro resoluendũ est, emphyteusin concessam pro filio vtriusque, minime ad filium alterius tantũ pertinere, qui ex mente concedentis videtur exclusus, *vt d. locis habetur.* Nec mirum, quia pluralis locutio, quæ plurium requirit concursum, singulari numero non solet esse contenta, *l. inter illam. in fi. ff. de verbo sign. & in l. vbi numerus, ff. de test. ib. habetur in regul. pluralis. de reg. iur. in 6.*

23 Simulac † enim dominus emphyteusin cõcessit, pro marito & vxore, atque vtriusque filio, secundũ verum & genuinum verborũ sensum, illius matrimonii tantum, & coniugii filios, non alterius, & sic secũdi respexisse videtur, de quibus neutiquam cogitauit, ex regula *l. inter stipulantem, §. sacram, ff. de verb. obl.* per quam vtiliter Curt. sen. *cons. 2. n. 2.* resoluit, renuntiationem factam in fauorem nouę sobolis, ad sobolẽ illius non alterius matrimonii restringend ã lore: quia non presumitur renuntiantem cogitasse, alterum cõiugem moriturum, & sic tristem euentum, cõtra regulam *d. §. sacram.* Quo argumẽto & ratione idem est, in emphyteutica cõcessione resoluendum, sc. emphyteusio marito & vxori, & pro filiis vtriusq; concessam, ad filios alterius matrimonii nullatenus pertinere, *vt paulo ante diximus*, non pertinere ad filium post parẽtis deportationẽ conceptum, quasi is a nouo homine, non ab eo, cui emphyteusis fuit concessa, natus videatur, vt obseruauit Imola, *in l. Lucius, in 2. n. 9. in fi. ff. de hered. inst.* & est bonus text. *vbi notant Dd. in l. ex facto, §. ex facto. ff. ad Treb.* Cum igitur post deportationem conceptus, non possit ad huiusmodi emphyteusin nominari, quia extraneus & ab alio procreatus est, multo magis respondẽdum est, filium ex secundo marito natum nominari non posse, quoniam is vere, & realiter, non legis fictione, alius est homo, non is, cui fuit emphyteusis concessa & stipulata.

Vt † autem hæc sentẽtia necessario obtineat, aduerto illum terminum, *Dantambros*, dispositionem restringere ad filium ex vtroque natum, ad eumque concessionẽ reducere: quia dictio, *Ex*, seu, *De*, caussam denotat imediatam, *vt tradit Rip. in rub. ff. si cert. pæ. n. 2. cum seq. & probat. l. 1. §. ex incendio, & ibi Bart. ff. de incen. ruina. nauf. Ias. n. 23. C. de legib.* & in specie Socin. *lib. 4 cons. 51. col. 1.* & Menoch. *cons. 41. n. 2. vol. 1.* vbi hoc modo arguit in fauorem, filiorũ primi matrimonii: Verba enim concessionis illiusque tenor est attendẽdus, *vt tradit Ias. cons. 180. n. 3 lib. 2. & Curt. sen. cons. 48 col. 1. Dec cons. 199. n. 1. Curt. iun. cons. 20. ad fi. Paris. cons 1. n. 1. vol. 1. per text in c. 1. de duob. fratr. & dixi in tract. de renoua. q. 8. n. 4.* ad quam concessio restringitur, & sic filium ex eo matrimonio natũ, nun ex alio. Ea est n. natura termini restrictiui, vt quicquid non excipitur, includatur, *l. quasi ĩũ, §. idẽ respõdit, & ibi D l ff. de fundo instructo.* Qua ratione vbi emphyteusis cõceditur, in fauorem filiorum alicuius matrimonii, seu coniugii, dicitur consequenter filiis alterius matrimonii denegatum. Vnius enim inclusio alterius est exclusio, *l. cum prætor. ff. de iudiciis. c. nonne. de præsumpt.* Quod agnoscens Imperator, in auth. *vt nulli iud. §. quia vero coll. 9.* vt comprehendat secundi matrimonii liberos, addit, *siue ex ipso, siue ex alio matrimonio*, intelligens, ad aliud matrimonium, verba porrigenda non esse, vt notabiliter arguit post Socin. Bellonus, *cons. 13. n. 12.* resoluens, statutum, eo ipso, quod filiorum meminit, secũdi matrimonii, prioris vel alterius cõiugii filios exclusisse videri. Aliter enim, inquit, si statutum voluisset omnes comprehendere, simpliciter filiorum meminisset: quod cum non fecerit, sed cum qualitate respiciente filios secundi matrimonii submouisse videtur. Aliter illa verba, *Dantrambos*, essent superflua. Quare, ne sequatur, absurdum, & superuacua videantur, aliquid debent operari. *l. si quãdo, ff. de leg. 1. Alex. late in l. cetera, §. si. eod. tit. Felin. in c. c. de rescrip. col. 5. vers. priuilegium. Bellonus cons. 7. n. 12.* ideoq; necessario resoluendum est, filium alterius matrimonii nominari non posse, *ex Bellono. cons. 13. nu. 13.* vbi intelligit supra scripta procedere, etiam in materia correctoria, qualis hæc non est. 24

Quod autem † concessio, pro filio vtriusque ad filios tantum, ex eo coniugio, & matrimonio procreatos restringatur, tantumque ii ad emphyteusis successionem vocati videantur, probat IC. responsum *in l. cum vir. & l. si vir, ff. de cond. & demonstr.* vbi Iulian. *Cum vir vxori (inquit) quandocunque liberos habebit, fundum legat, si mulier diuortio facto liberos ex alio procreauerit, aut de filio ex secundo matrimonio ad priorem maritum redierit, non intelligitur expleta conditio, quod testator eum vero simile nõ est, de eis liberis sensisse, qui se viuo ex alio suscepti fuissent.* & probat Vlpianus in hæc verba, *Si vir vxori ad tempus liberorum legauerit, dubitari potest, an de his dumtaxat, filiis sensis-* 25

set testator, qui post mortẽ eius nati fuissent, an & de his, qui viuo ab eo suscepti fuissent post testamentũ factũ, cum manente matrimonio decessisset: Verũ æquũ est proficere, siue viuo marito, siue post mortẽ nascantur. Vides, q̃ plane vterq; IC. ꝓbet legatũ relictũ viro & vxori & eorum liberis, filiis alterius matrimonii non debetur. Quocirca Signorol. consil. 37. & 68. & enm sequitur Ias. cons. 115. nu. 4. vol. 1. eleganter resoluunt, statutum deferens, lucrum dotis marito; si vxor decedat, sine liberis, intelligi de liberis illius nõ alterius matrimonii. Quod idem voluit Rom. cons. 231. n. 3. & consentit Socin. d. l. cum vir. n. 2. Ex quibus hæc sententia vera est. Quæ confirmatur ex eo si consideres, ea verba concessionis, Para hum filho dantrambos, qualitatem quandam exigere in petenti emphyteusin, nempe quod sit filius amborum, quæ qualitas, si desit, petẽtem excludit. l. item eorum ff. quod cuiusq; vniuersit. l. nam & Titium, ff. de hered. inst. l. debitor, §. fi. ff. ad Trebell. facit lex. fin. ff. de Senato. & l. si mulier, §. fi. ff. de religios. quo argumento ad casum nostrũ vtitur Signor. cons. 69. nu 3. & Menoch. cons. 41. nu. 7. quibus accedit Paris. lib. 2. cons. 20 n. 43. resoluens, non deberi donatum ei, qui caret requisita qualitate.

26 Iuuat † gl & ibi Alex. n. 7. fol. mat. Vbi probant priuilegium, ne maritus conueniatur vltra, quam facere possit, ad eius filios transire illius tantum, non alterius matrimonii sequitur Socin. lib. 1. cons. 84. col. 4. vers. 10. & vlt. Cassan. cons. 53. nu. 21. vers 9. Menochius cons. 41. n. 10. vol. 1. Inducitur etiam tex. notabilis, in l. filius a patre, § si quis ex certa, ff. de liber. & posthum. vbi qñ defunctus ex certa & nominata vxore, filiũ heredem, instituit, non intelligitur, ex alia vxore procreatum filium, heredem instituisse: quocirca is tãquam præteritus testamentum rumpit, & patrem intestatum. Quo argumento. Ang. cons. 51. respondet, quod qñ pater instituit ventrem vxoris, si prægnans est, solum videtur, præsentem ventrem, non futuræ vxoris instituisse: sequuntur Socin. & Ias. in l. placet, ff. de lib. & posth. ille n. 12. hic col pen. vers. placet tamen, quibus accedit Picus in leg. Titia §. Titia ff. de leg. 2 resoluens legatum vsusfructus vxori relictum, præsenti vxori deberi non futuræ. Iuuat lex, si quis tu. §. cum ignoret, ff. de test. tut. Vbi tutelæ datio licet sit fauorabilis, non extenditur ad filios ex alia vxore suscipiẽdos, seu quos ignorabat se habere. Quo argumento idem respondendum fore in legato, consuluit Roman. cons. 231. in fi. & in substitutione latius Dec. cons 95. n. 7. vers. 3. Tiraq. in l. si vnquam verbo liberis. n. 29. C. de reuoc. dona. Facit etiam quia legatum agnatis relictũ, restringitur ad eos, quos tũc habebat defunctus, & cognoscebat, l. si cognatis. ff. de rebus dub. l. cum ita §. fi ff. de legat. 2. l. interuenit, ff. de leg præstan Rom. cons. 231. n. 1. Vltimo quod emphyteusis in casu, quem tractamus, solum debeatur filiis cõmunibus, illius matrimonii, facit ratio euidens, si consideres, vtriusque coniugis cõtemplatione, emphyteusin fuisse concessam & præstatam, Bar. lib. 2. cons. 11. quocirca aliter sine altero nequit eã emphyteusin alienare, & in extraneũ conferre, Bald. lib. 2. cons. 137. Ergo neque filium alterius matrimonii nominare.

Vnde † si contingat, emphyteusin solius mariti
27 contemplatione concedi, quia illi tantum videtur concessa, secundum Bal. in l. cum oportet, n. 4. C. de bon. quæ liber. Bart. Ias. & aly, in l. sed si plures, §. in arrogato, ff. de vulga. omnia supra scripta cessant. Probabitur autem viri contemplatione facta concessio, vbi ob eius seruitia dominus, obsequia, testaretur se concedere, Bartol. in d. §. in arrogato, num. 3. vers. secus si ergo, quem ibidem sequuntur Alexand. Iason & aly. Roland. cons. 10. num 10. volum. 1. in qua specie cum dicatur, emphyteutica concessio a marito, cuius contẽplatione concessa est, pendere, mirum non est, si illa filium alterius vxoris nominare possit: quoniam nõ minus hic, quam ille est filius eius, & æqualiter dilectus, argum. l. 3. C. de inoffi. testam. Vbi tertius filius æque dilectus dicitur a matre vocatus, licet non fuerit nominatus, vt notabiliter considerauit Albanus cons 85. num. 9. Æqualis enim in parẽte consideratur erga filios, dilectio & caritas secundum Baldum. consi. 122. colum. 1. versic nam dum, volum. 1. sensit Federicus, consil. 42. versic similiter & Picus dict. l. Titia, §. Titia. nume. 109 ff. de leg. 2. versicul. & in istis terminis. Inducitur etiam viri contemplatione concessam fuisse emphyteusin, quando constat, fuisse benemeritum erga dominum, Bart. in l. cum oportet, num. 4. C. de bon. quæ lib. Alexand. cons. 8. num. 10. libr. 3. addens, in infante nulla posse merita cõsiderari. Quod idem voluit cons. 89. nu 6. vers. præterea, lib. 4. & clarius cons. 138. num. 2. lib 5. Berengarius in l. in quartam, ff. ad leg falcid. nume. 66. Palatius in cap. per vestras, de donatio. inter virum & vxorem, §. 45. nu. 13. Quocirca cum marito, in hoc casu, non vxoris emphyteusis concessa dicatur, sequitur æqualem censendam esse filii vtriusque matrimonii conditionem.

Quod † præsertim obtinet, quando concessio fu- 28
it facta, pro filiis heredibus, quo casu cum sint vocati, ordine successiuo post mortem patris, secundum adnota. in l. Gallus, §. quidam recte, ff. de liber. & posthu. vbi Bart. num. 9. & post Alex. Ias. numer. 32. Rubeus 149. Galeanla. 30. pro portione hereditaria, consequens est, omnes filios fore audiendos, quoniam & omnes patris heredes sunt. Sed hoc vix adaptari potest, concessioni factæ pro filiis & heredibus vtriusque, nisi per supra scripta eam referas, ad concessionem factam mariti contemplatione, ad cuius successionem modo diximus audiendos filios vtriusq; matrimonii. Et ad hanc speciẽ reduci potest, Baldi sententia in auth. qui rem, C. de sacros. Eccl. n. 5. resoluentis ad emphyteusin concessam marito & vxori, atque eorum filiis, audiẽdos esse alterius matrimonii natos & sic non communes, sequuntur Paul. & Socin. ad fin. in l. cum vir. ff. de cond. & demonstr. Boer. q. 276. in fi. Beros. cons. 42. n. 4. vol. 1. & Menoch. cons. 41. nu. 25. vol. 1. qui addit præsertim hoc obseruandum, quãdo adest clausula, quod pater possit emphyteusin alienare in extraneum. quę potestas tunc demũ dicitur concessa, vbi adest clausula, Pro quibus dederis, vt tradit Curtius iunior, consil. 4. numer. 4. qui resoluit, hanc clausulam eundem prorsus operari effectum, quem operatur clausula, Et pro quibuscunq; heredibus, quod idem Curtius iunior voluit, consil. 109. num. 11. in fin. & consi. 110. num. 27. Menoch. consi. 41. num. 26. Quocirca cum huiusmodi emphyteusin pater possit filiis inuitis, in fauorem, extranei alienare, vt tradit Iason in l 2. C. de iure emphyt. nume 207. Tiraq. de retract. lignag. §. 11 gloss. 6. n. 22. & §. 32. gloss. 1. nu. 3. non est dubium, posse eãdem filio secundi matrimonii concedere. Nec repugnat Boer. q. 201. quia loquitur, quando mulier donataria, bona confert in secundum virum, eiusque filios, contra donantis mentem & intentionem, vt explicat Ripa in l. fœminæ, nu. 26. C. de secund. nupt.

29 Iuuat † filios secundi matrimonii optimum ICti responsum *in l. placet, cum l. seq. ff. de liberis & posthu.* vbi simplex posthumi institutio, ab eo facta, qui vxorem habebat, prodest posthumo, ex alia secunda vxore nascituro. quia in vtroq; par est ratio & in vtroque concurrit testamenti fauor, *vt ibi per Ias. nu. 8. Boerium, q. 148. Tiraq. in l. boues, §. hoc sermone, ff. de verb. sign. lim. 3. nu. 5.* Quæ traditio ex ratione a nobis supra iam tradita, fulcitur, quia par est patris erga omnes filios affectio, seu dilectio. Denique vbi, *pro posteris*, emphyteusis, fuerit concessa, etiam filii, secundi matrimonii erunt audiendi, quia & hi posteri sunt, *§. tutor autem. Inst. de legit. Dec. cons. 233. colum. 1. Alban cons. 85. nu 8.*

30 Verum † ne supra scriptis obstet text. *in l. eum vir. ff. de cond. & dem. nst* aduerto, illũ text. loqui & procedere, quãdo maritus vxori legauit, fundum, eiusque filiis, quæ dispositio ex mente mariti defuncti, ad proprios, seu communes filios restringitur, neq; extenditur ad filios, ex altero matrimonio procreatos, quos sane magis odio, quam amore prosecutus censeri potest, *vt explicat Berous, cons. 49. ad fi. vol. 1.* secundum quem sensum ille text. casui nostro adaptari minime potest, in quo agitur de filiis, quos parens æqualiter creditur diligere. Quod si rem hanc ad dominum directum referas, quasi illius magis quam parentis sit consideranda caritas & dilectio, is simpliciter, non magis hos, quam illos dilexisse credendum est. Nec repugnat Signorolus *cons. 37.* quia potest responderi contrarium placuisse Raynerio, inter consilia eiusdem Signoroli, *cons. fi.* & Alcia. *respons. 55. dubio fin. Beroio, cons. 42 vol. 1. Menoch cons. 41. num. 31.* qui tamen non negat, quæstionem hanc controuersam esse, *vt constat ex Dyno, consil. 19. colum. 2. Bruno de stat. exclud. fœmin. art. 6. quæstio. 27. colum. 3. Socin. iun. consil. 70. volum. 2.* Quapropter, vt Menochius ait, dicendum est, Signorolum loqui, & procedere, quando constat statuentis intentionem non fuisse filios maternis bonis carere, seu eius dote, quæ secundum iuris regulas illis est debita, *vt in titul. C. de bon. mater.* Quod in proposita hypothesi locum non habet.

31 Non etiam repugnat Romanus *cons. 231.* quia loquitur, in vxore, quæ filius suis legauit, & sic iam natis non nasciturís. Nec obstat tex. *in l. si filius a patre, §. si quis ex certa, ff. de lib. & posthu.* quia locum habet, quando concessio fuit restricta, ad filios certæ vxoris, vt explicat Ias. *in l. placet, n. 8. ff. de lib & posth. versic. tamen aduerto. & ibi Soc. col. pen. vers. sed illa, Paris. cons. 52. nu 18. lib. 2* & est de mente gl. *in dict. leg. placet, tradit Menochius, consi. 41. num. 36. vol. 1.* Quæ restrictio vbi non reperitur facta, aliud respondendum est.

Non etiam obstabit Angeli auctoritas, *consil. 51.* quoniam contra eum est verior sententia ex Baldo *cons. 113. col. 2. versic. restat dubium, vol. 5. Paul. cons. 79. dubio. 2. vol. 1. Alex. d. l. placet. ff. de lib. & posthu. Barbatia cons. 6 col. 3. vol. 3. Alciat. regula 3 præsumt. 35. nu. 5. Albanus cons. 85. nu. 4. Boerius q. 148. in fi.* Nec obstat Picus *in l. Titia, §. Titia, ff. de leg. 2. n. 108. vers. ego,* quia loquitur, quando maritus, vsumfructum vxori reliquit: qui casus ex sui ratione, plurimum distat a nostro, quoniam amor & caritas erga vxorem illud postulat, vt in simili considerauit Albanus, *cons. 85. num. 9.* In casu vero quem tractamus, æqualis est amor erga filios, tam primæ, quam secundæ vxoris. Illa enim qualitas filiationis, licet absit tempore testamenti, sufficit si tempore mortis adsit, vt explicat Socin. *in l. si cognatis, nu 5. ff. de rebus dub. Decius consi. 253. col. fin. Alban. cons. 69. in fi.* Quod autem Romanus, *cons. 231. n. 2* probat, procedit in casu, quo iã extabant filii, in quibus concessio potuit verificari, *vt explicat Paris. consil. 71. n. 14. vol. 4. & Soc. iun. cons. 102. n. 14. vers. bene fateor, vol. 2.*

Ceterum, † quiescente prędictorum casuum differentia, & prouisione, pro priori sententia plurimum vrget, quod satis in simili nostri tradũt Interpretes de statuto, quod decedente vxore sine liberis maritus tertiam dotis partem lucretur. Intelligunt enim illam clausulam *sine liberis*, ad communes liberos, non alterius matrimonii, quos filios communes excludere patrem a lucro dotis, voluit Ruinus *cons. 63. nu 2. lib. 3.* & prius Signorolus *cons. 69. & præced nu. 3. idem cons. 264. num. 28.* & paucis retro annis 1549. iudicauit Rota in collectis per Achill. *nu. 118.* cuius ad id meminit Phanutiis, *lib. de lucro dotis, pag. 192.* quo loco, *nu. 2.* vtiliter quęrit in proposito. Mulier secundo nubens, filiis superstitib. ex primo matrimonio, susceptis, decessit, nullis ex secundo procreatis. Secundus maritus dotis partem petiit, intelligẽs ea verba, *si sine liberis decesserit*, ad filios communes illius, nun prioris matrimonii fore referenda. Contra filii prioris coniugii obiiciunt, ea verba simpliciter de filiis agere: ac proinde non magis ad hos, quam ad illos fore referenda, vt placuit Bellono *A. cons. 13.* qui intellexit, tunc demum non comprehendi filios alterius matrimonii, quando in statuto reperiantur aliqua verba, ad filios certi matrimonii dispositionem restringentia, quemadmodũ contingit in casu superioris concessionis emphyteuticæ, scilicet quando fuit facta pro filiis vtriusq; mariti & vxoris. Quare contrarium ille concludit obseruandum, quando emphyteusis, seu quælibet alia similis concessio, simpliciter pro filiis est facta, quoniam hanc omnes respicere, & tam his, quam illis prodesse respondendum est, *vt tradit Raynerius inter consil. Signoroli, cons. 68. & 363. 2. 3. 6. colum ....* cui aduersatur eius discipulus Signorol *cons. 37. & latius 69.* intelligens verba statuti restringenda fore ad filios communes, qui extantes dumtaxat remouere possunt patrem a prætẽsa dotis lucro, quæ fuit sententia Bartoli, *in l. cum vir, ff. de cond. & demonstr.* resoluentis filios communes, ex eo coniugio procreatos, patrem a lucri dotalis petitione submouere posse, non qui nati fuerunt ex primo marito. Concordat Ruinus, *consil. 61. num. 13. & consil. 59. num. 17. volum. 3. Brunus lib. de statuto excludente fœminas, art. 6. quæst. 27. colum. 3. & Socinus iun. consil. 70. lib. 2. nume. 1. & 4. & Phanutius de lucro dotis, gloss. 5. nume. 2. cum seq. pag. 194.* asserens communem. Et est bonus casus, secundum communem sensum, hanc probans sententiam, *in l. si vir 60. ff. de cond. & demonstr.* Vbi maritus, vxori centum legauit, cum filios habuerit, & restringitur legantis voluntas, ad filios ex eo tantum matrimonio suscipiendos, non ex alio. Multo ergo magis in casu, quem tractamus, emphyteusis concessio, ad vtriusque seu amborum filios restringenda est, & filiis alterius matrimonii deneganda, quoniam pro filiis vtriusque facta reperitur. Et hoc sane est quod Parisius *lib. 2. cons. 52. num. 2.* ait, concessionem in factam filiis certæ vxoris ad filios alterius vxoris porrigi non posse. limitata namque caussa 32

canſſa limitatum effectum producit. *l. in agris, ff. de acq. rerum dominio.* Quod etiam in materia fauorabili obtinet, & procedit per text. *in l. filius a patre. 28. ff. de lib. & posth. §. 1. in fin.* Vbi Triphon. in hæc verba. *Si quis* (inquit) *ex certa vxore natum, ſcribat heredem, in periculum rumpendi teſtamentum deducit, ex alia ſuſceptis liberis.* & ibi notant Doctores, *& in l. ideoq; ff. eod. tit. & ibi Socin. & in l. placet. q. 4. num. 4. eod.* Quo argumento vtiliter quidem Gregor. Lopes, *in l. 2. tit. 15. partit. 2. verbo. Sino el fijo mayor. col. 1. ad fi.* reſoluit, donationem Regiam, nobili viro factam, alicuius Caſtri, aut villæ, cum clauſula, quod poſt eius mortem ſuccedat, illius filius primogenitus, ex certa domicella Reginæ, in vxorem ab eo ducta, aut ducenda, ceſſare, illa, ſine filiis decedente: & proinde ex ſecunda vxore natum, a tali ſucceſſione repellendum fore. Quæ notabilis eſt reſolutio, & in praxi vtilis, quæ propoſitam quæſtionem determinat, vt conceſſio facta, emphyteuſis pro marito & vxore, & vtriuſque filiis, ſine dubio ad filios communes tantum reſtringenda ſit, non alterius tamen matrimonii extendenda. Nec hoc mirum eſt, ſi conſideres, pacto ſtatui recte poſſe, ac interdici, quod emphyteuſis, ad filios ſecundi matrimonii non tranſeat, *vt poſt alios admonuit Valaſc. de iure emphy. quaſt. 38. numero 19.*

83 Verum Gregor. Lopez. *d. gl. l. 2. tit. 15 part. 2.* prædicta omnia ſubuertere videtur, intelligens, quod vbi alicui nobili ducturo Reginæ domicellam, ſeu pediſſequam, cum clauſula, vt ad inſtar maioratus, filius vtriuſque primogenitus, ſuccedat, a Rege fuit facta conceſſio, eo caſu filius ex ſecunda vxore ſuſceptus audiendus eſt, vbi prima ſine prole deceſſit: quoniam inquit prædicta Regalis donatio, in ſolidum marito, & vxori facta videtur, *l. vnica. C. ſi imperial. liberal. ſocius. lib. 10.* Quocirca & vtriuſque filius, etiam in ſolidum videtur facta conceſſio, & conſequenter natis ex alio matrimonio, ſi nulli ex priore extabunt. Inducit etiam notabilem Ioann. Andreæ ſententiam ad Specul. *tit. de teſt. in 1. add. mag. verſ. occurit alia quaſtio.* Vbi poſt alios reſoluit teſtatorem, inſtituentem vxoris ſuæ, non tam poſthumum ex ea naſciturum, quam ex alia ſecunda videri inſtituiſſe: quæ eſt communis ſententia, *teſte Socino in l. placet, ff. de lib. & poſthu. n. 4.* licet contradixerit Paul ibi. Inducit etiam Gregor. Lopez notabilem Baldi doctrinam, *in auth. quas rem, C. de ſacroſ. Eccl.* vbi reſoluit emphyteuſin conceſſam marito & vxori, atq; eorũ filiis, non minus ad filios ſingulorum pertinere, quã ad communes, licet conceſſio facta ſit per terminũ illum, *eorum*, qui eſt complexiuus, & videtur prima facie exigere, quod filii ſint communes, quod etiam voluit idem Bald. *in l. 1. C. de priuil. dotis, & in l. pen. C. de impuberum, & aliis ſubſt.* concordat Socin. *in l. cum vir, ff. de cond. & demonſt. in fi.* & hac doctrina Baldi nititur Gamma, *q. 351.* Quæ extenſio & interpretatio, vt inquit Gregor. Lopez cum fiat, & admittatur in contractibus priuatorum multo magis debet admitti, in imperiali donatione, *per l. fin. C. de prapoſ. agent. in reb. lib. 12.* & in hac perſiſtit ſententia. Ego addo eam Baldi ſententiam approbare Roman. *in l. etiam, ff. ſol. mat. n. 17. Boer. q. 276. in fin. Alcia. reſponſ. 55. nu. 16. in fin. Bero. lib. 1. conſ. 42. num. 4. & Menochium, conſ. 41. num 25.*

84 Comprobat Greg. ac adſtruit ſuam opinionem ex notabili Regio arreſto, quo decretum fuiſſe aſſerit, licentiam Regiam marito & vxori conceſſam, conſtituendi maioratum, in fauorem primogeniti, cuique in ſolidum datam cenſeri: & propterea recte poſſe maritum conſtituere maioriam in fauorem communis filii, vxorem vero particularis ex alio marito ſuſcepti. Quo argumento idem credit reſoluendum in conceſſione Caſtri, eidem marito, & vxori conceſſi, & primogenito, ex eis nato, filio. In qua conceſſione Greg. Lupus, duas contineri conceſſiones exiſtimat: primam quod Caſtrum ſit maioria, & ad primogenitum pertineat: ſecundam, quod illam obtineat eorum primogenitus, in cuius defectum, natus ex alio matrimonio admittatur, quoniam inquit dictum caſtrum nõ deſinit eſſe maioria, ex eo, quod nullus filius, ad quem caſtrum peruenire poſſit, ex eo coniugio natus eſt. Quamobrem concedi debet filio nato ex alio coniugio, citat in argument. text. ſing. *in l. quidam teſtamento 99 ff. de leg. 1.* Vbi teſtator Pamphilæ quadringentos aureos, dari iuſſit, quorum partẽ voluit, a Iulio debiture præſtari, partem vero ex his, quos in caſtris habebat: & ſic facta deſignatione, vnde ſolui deberent, defunctus viuẽs poſt conditum teſtamentum prædictas ſummas in alios vſus conuertit, quæſitum eſt, *an nihilominus fideicommiſſum praſtandum eſſet?* Et reſpondet Iureconſultus, in hæc verba: *Reſpondi veroſimilius eſſe patremfamilias demonſtrare potius heredibus voluiſſe, vnde aureos 400. ſine incommodo rei familiaris contrahere poſſint, quam conditionem, fideicommiſſo iniciſſe, quod initio pure datum eſſet, ideo quadringenta Pamphila debebuntur.* Quo argumento in caſu propoſitæ conſultationis opinatur Gregorius Lopez *dicto loco* conceſſionem Regiam mihi & vxori meæ factam iure maioriæ, & conſequenter pro filio noſtro primogenito, extinctam dici non poſſe: propterea quod nos filium nõ habemus, quia veroſimilius eſt, rem pure & ſimpliciter a Rege donatam iure maioriæ fuiſſe, filiumque noſtrum vocatum deſignationis, nõ taxationis, ſeu conditionis gratia, vt ſic non extante filio conceſſio deficere debeat, & euaneſcere, vt *in d. l. quidam teſtamento*, Iureconſultus reſpondit, extinctis, deſignatis aureis legatum firmum manere. Vt ibi explicant Bartol. & Doctores communiter Paulus, *in l. ſi fideicommiſſum, §. tractatum. ff. de iudi. late Dec. conſil. 324 col. 1. citat etiam l. Lucius, 12. ff. de alim. & cib. lega.* Vbi alimenta libertis teſtator legauit, fundoſq; ſuos, ex quorum reditibus alimenta præſtarentur, obligauit, ſi minores fundum reditus præſtare cõtingat ad alimenta heredem, quod deeſt, ſupplere debere reſpondit in hæc verba Iureconſultus, *Paulus reſpondit, cibaria, & veſtiaria integra libertis deberi, nec ex eo, quod poſtea prædia his pignoris iure teſtator obligare voluit, vt ex reditu eorum alimenta perciperent, minuiſſe eum, vel auxiſſe, ea quæ reliquerat videri*, & ibi notant Doctores, & Neguſantius *de pignoribus, 4. membro, 2. part. nume. 164. col. 2. caſu. 23. Rota antiqua. 669. Boerius. quaſt. 66.* Secundum quam traditionem propoſitæ quæſtioni, & materiæ nominationum applicatam, reſpondendum eſt, in caſu l. noſtræ in hoc §. vbi emphyteuſis fuerit conceſſa, pro marito & vxore, & vno vtriuſque filio, ſeu ex eis nato, nominari poſſe filium ex alio coniuge procreatum, vbi communis non extabat. Omnia enim ſupraſcripta argumenta huic caſui adaptari commode poſſunt, ſi conſideres emphyteuſin marito, & vxori

co. . eſ-

concessam, eisdem in solidum datã censeri, *vt diximus in tract. de nomen. emph. q. 19. nu. 84.* Quapropter vt d. loco Gregor. Lopez ait, quemadmodum coniugibus in solidum est facta concessio, ita & eorum filiis in solidum concessa censenda est, vt sic particularis, vbi non exstabit communis filius admittẽdus sit. Non tamen idem est, si concedatur emphyteusis mihi & fratri meo, *vt per Iason in l. 2. C. de iure emphyt. n. 234.*

35 Sed † prædictis non obstantib. ego a priore sententia non esse recedendum puto, per hanc legem Regiam in hoc §. 6. expresse probantem, illa verba concessionis, *Para hum filho, ou filha dantrambos*, restricta esse, omnesque submouere, qui ex eo matrimonio nati nõ fuerint, qui ad hunc effectum extranei necessario reputandi sunt, ex iuribus & rationibus supra adductis, pro hac parte, quibus minime obstant, quæ Grego. Lopez adduxit. vt ex infra dicendis apparebit, ex quibus vt opinor manifesta fiet huius rei veritas.

36 Arguit † primo Greg. Lop. *ex l. 1. C. si liber. Imperial. socius sbr 10* quatenus probat, duobus a Rege donationem factam altero sine herede decedente, superstiti tantum esse adiudicandam, non partem tantum, quoniam vt ille existimat, res a Rege duobus donata, censetur in solidum vtriq; data, & propterea altero mortuo in solidum res ad superstitem ꝑtinet. Quo argumẽto, vt prædiximus, idem est dicendum in emphyteusi, quoniam & hæc in solidum videtur marito & vxori concessa: & propterea altero mortuo, in solidũ superstiti adiudicatur, vt manifestum est, & consequenter eius filio, si quem habebit: quemadmodum in casu *d. l.* 1. tota res a principe concessa, heredi vltimi donatarii tribuẽda est. Quod sane argumentum nihil, aut saltem parũ vrget, si consideres donationem Regiam, de qua ibi, simpliciter factam fuisse donatariis & eorum heredibus, non in solidum, *vt Gregor. Lopez opinatur*, sed magis diuisim, cuique pro parte, quam vterque erat ad suos heredes transmissurus iuxta donationis formam & naturam. Qua ratione secũdum iuris communis regulas, altero sine herede decedente, eius pars ad regem concedentem erat reuersura, ex regula *l. si mihi. & Titio. ff. de verbor. obligat.* Vbi in contractibus negatur ius accrescendi, vt ibi notant Doctores præsertim, in casu *d. l. 1. si liber. imper. soc.* Vbi ponitur casus, in quo pars donatarii defecit, postquam illi semel fuit acquisita, in qua specie omnis cessat iuris accrescendi quæstio. *vt tradũt omnes in l. re coniunctis. ff. de leg. 3. l. 1. ad fin. ff. de vsufr. accrescendo.* Nihilominus tamen *in d. l. 1.* Imperatori placuit, prædictam regulam limitare, vt non procedat in donatione Imperiali, quæ licet sit alteri donatario pro sua parte acquisita, per ius accrescendi cõsocio acquiritur. vt sic fiat dominus in solidum, quod esse speciale in Regia donatione, ibidem Bartol. Platea, & Lucas de pœna resoluunt. Tantum abest, vt dici possit in solidum res data, vt Greg. Lop. perperam credidit. Verum quod vir ille doctissimus considerat, partẽ hanc per ius accrescendi superstiti socio acquiri, ad eius heredes transituram, non euincit idem fore respondendum, quando marito & vxori res est indiuidua concessa pro eis. & vno filio vtriusq;. seu pro primogenito, prout contingit in q̃stione ab ipso Gregor. o pertractata, quãdo rex Castrum, iure maioratus, alicui nobili & domicellæ, ipsius Reginæ, concedit & ex eis primogenito filio. Hoc enim casu, quia cõcessio est restricta ad filium primogenitum ex eis nasciturum, proculdubio argumento leg. nostræ, in hoc §. 6. & aliorum, quæ iam scripsimus, neganda est emphyteusis filio, ex alio coniuge suscepto. Atque etiam in casu prædicto, vt Castrum domino Regi mortuis coniugibus sine dubio adiudicandum est, ita & hæc emphyteusis, domino directo consolidatur. Neq; obstat *d. l. vni. C. si lib. Imper. soc.* quoniam ibi nõ fuit restricta concessio ad filios certi matrimonii, seu cõiugii, sed magis in genere concessa pro heredibus, quocirca nulla iuris ratio admittit, negari rem sic donatam posse heredibus secundi donatarii, cui per ius accrescendi pars præmortui socii acquisita, similiter erat ad heredes transitura, si ille vixisset. Quare illius tex. dispositio, vt vides nihil ꝓrsus ad rẽ facit.

Non † obstat secundo loco adducta sentẽtia Ioannis Andreæ ad Speculat. *tit. de testam.* quoniam, vt Socinus *in l. placet. ff. de liber. & posth. n. 4.* probat, loquitur, & procedit, quando pater ventrem seu posthumum simpliciter instituit, in qua specie tam ex præsente vxore, quam futura, nasciturũ instituere voluisse censendus est. Nõ sic, quando restrictiua verba direxit ad ventrem seu posthumũ, præsentis vxoris, quia tunc non includitur, ex alia vxore nasciturus, per tex. *in l. filium a patre, 28. §. 1. ff. illo titu.* cuius meminimus *supra n. 32.* Quare pro nobis magis, quam contra nos, Ioan. And. vrget, quoniam iuxta hunc sensum, magis probat ad emphyteusin ꝓ marito & vxore, atque filio vtriusq; nominari alterius coniugii filium non posse, cum concessio fuerit restricta ad filium certæ vxoris. 37

Neq; † ad rem facit, Baldi sententia *in authen. qui rem, C. de sacros. Eccles. col. pen. num. 5.* quoniam si bene consideres, loquitur in concessione, *Pro marito & vxore, atque eorum filiis* facta, quæ sane concessio longe differt ab hac, in qua fuit emphyteusis concessa, pro filio vtriusq; nominando, qui terminus est complexiuus, exigens copulatiue, & connexe, filium nominandum esse vtriusq; non alterius tantum, vt adnotauit Ripa *in l. heredes mei. §. cum ita, n. 1. ff. ad Trebell.* resoluens dictionem istam *Vterque*, esse collectiuam duorum, quæ fuit sententia Bartol. Imolæ, & Pauli ibidem atque etiam Alexan. & aliorum communiter, atque etiam eiusdem Bartol. *in l. pen. C. de impub. & aliis*, cuius contrarium obtinet in specie a Baldo ꝓposita *in auth. qui rem.* Loquitur enim, quasi emphyteusis fuit marito, & vxori, eorumque liberis cõcessa, quę multo latius patet, quoniam non est restricta ad filios communes, sed magis particulares, non minus quam si dictum fuisset, *Et eo. ũ seu cuiuslibet eorum filiis.* ex his quæ tradit Corneus *libr. 2. consil. 165. in princip. & lit. C. & libr. 4. consil. 233. lit. M. Parisius lib. 1. consil. 6. nu. 13. cum seq. & libr. 2. consil. 21. num. 36. cum seq.* secundum quem sensum in concessione *pro eorum filiis*, Baldum sequuntur Socinus *in l. cum vir. in fin. ff. de cond. & demonstrat. Boerius. q. 276. in fin. Romanus & alii*, quorum meminimus *supra n. 32.* quib. adde in materia bonum tex. *in l. non distinguemus 57. §. cum in plures, ff. de arb. tr. & in d. l. heredes mei. 57. §. 1. ff. ad Trebell. Bartol. & alios in l. hac articulo ff. de hered. instit. Anchar. cõs. 245. Pau. 353 vol. 1. Bald. lib. 3. consil. 154. Socin. consil. 30 vol. 1.* 38

Ex † prædictis plane deducitur, in concessione em- 39

phyteutica cessare ius accrescendi, quam quæstionem passim nostri tractant interpretes, præsertim ordinarii, *in l. si mihi, & Titio ff. de verb. oblig. & in l. re coniunctis, ff. de legat. 3. Iason plures referens in leg. 2. C. de iure emphyt. numer. 216. & d. l. re coniunctis. nu. 190. rursus & in l. legatarius, nu. 5. ff. de legat. 1. Socinus libr. 1. consil. 50. Decius consil. 263. & 326. Cotta in memorab. verbo emphyteusis concessa, Bellonus, consilio. 20. Anto. Gomez 1. tom. cap. 10. num 5. & Gutierrez, tract. super l. vni. C. quando non pet. part. à nu. 13.* Ex quorum relatione constat, veram esse, & receptam sententiam, negatiuã, in hac materia cessare iuris accrescendi vim, & vtilitatem. quod in feudis probant omnes *in c. 1. de fratrib. de nouo benef. inuest. & Ripa d. l. re coniunctis, n. 215. Gutierrez, d. loco ante n. 17. Iason d. l. 2. num. 217. & in d. l. si mihi, n. 6. tradit Iulius Clarus lib. 4. sententia. §. feudum q. 77.* qui firmat communem opinionem, quam etiam probat in emphyteusi, *in §. emphyt. q. 39. & Hier. Gabr. conf. 87.*

40 Vtriusq; † traditionis ratio est, quia in cõtractibus, secundum communem Doctorum sententiam ius accrescendi locum non habet. *tex. in d. l. mihi, & Titio, per tex. ibi. ff. de verbo.* vbi si ego a te decem stipuler, mihi & Titio, quem in potestate non habeo, quinque mihi debentur: quoad alia quinq; stipulatione omnino, irrita & inani manente: nã cum Titius in mea potestate nõ sit, ei stipulari non potuit, *l. stipulatio ista, §. alteri, ff. de verbo. oblig. & § alteri. Inst. de inutilib. stip.* Qua ratione respectu Tuii stipulatio, pro nõ facta habetur, & nihilominus illius pars mihi non accrescit, *vt ibi l. C. docet.* Ergo in contractibus, nõ est locus iuri accrescendi. *vt ibidem Bartol. obseruauit, & in l. re coniunctis, n. 65 ff. de legat. 3. & ibi Ripa, nu. 219. Anto. Gome 1. tomo, cap. 10. post princ. sub n. 1. & Gutierrez in l. vni. C. quando non pet. part. n. 13.* & est bonus text. *in l. aquam 16 ff. quemad. seru. am. tuncta gloss. pen.* Vbi ex pluribus habentibus per eundem riuũ ius aquæ ducendæ, si vnus ius illud amittit, aliis nõ acquirit, *& in l. si duo patroni. 13. in princ. ff. de iureiurando,* vbi hab: tur iuris patronatus partem amissam. compatrono non accrescere, per quæ iura hanc esse cõmunem opinionem probat Picus *in d. l. vni. C. quando non pet. par. n. 5. & Decius lectur. 2. nu. 19. & Gutierrez ante n. 14.*

41 In † quo constituenda est differentiã inter cõtractus, & vltimas volũtates, nostri passim interpretes, probant, præsertim *in d. l. re coniunctis ff. de lega. 3. & in d. l. vni. C. qua. do non pet. part.* quibus in locis docent, eam esse diff. rentiæ rationem, quia in vltimis voluntatib. portio accrescit portionibus defunctus pro parte testatus, & pro parte intestatus decedat, contra regulam *ius nostrum, de regul. iur. & in §. hereditas. Inst. de here. instit.* de quo videndus Ioan. a Gironib. *in l. 1. C. de secund. nup. à nu. 9.* & eam dedisse caussam iuri accrescendi proficisci, tur glo. communiter recepta, *in l. si seruus communis, ff. de acq. heredit. Ripa in l. re coniunctis, nume. 79 ff. de legat. 3 Alciatus lib. 4. parado. cap. 8. Portius, & Viglius d. §. hereditas.* & fuit sententia gloss. *in l. Celsus, §. quod alienum, verbo caput, ff. de leg. 2. Bart. d. l. re coniunctis, n. 25. & 59. & in l. vni. §. his ita, nu. 3. C. de cad. toll. Menchac. de success. creat. §. 3. nu. 10. Anton. Gomez 1. tomo, cap. 10. numer. 2.* Gutierrez *d. l. vni. num. 4. & 5.* afferens id plane probare Imperatorem, *in d. §. hereditas. versi. non autem,* quatenus probat, institutum ex semisse nullo alio coherede dato, habere integrum assem. Eam reddit rationem, *Neq. enim idem ex parte testatus, & ex parte intestatus decedere potest.* Quibus verbis manifeste docet, eam fuisse potissimum caussam indu[illegible] iuris accrescendi, ne pro parte testatus, &c. Secundum quem sensum vtiliter explicari potest, notabile Vlpiani responsum, *in l. inter dum. 13. §. 1. ff. de heredu. instit.* Vbi defunctus duos heredes ex quadrante scripsit, nec de reliquo disposuit & nihilominus eisdem vniuersa hereditas adiudicatur, quasi ex semisse scripti heredes fuissent, idque ex iuris potestate, induci ibi Iureconsultus probat, ibi, *Deinque si mihi ... dis... potestate iuris in hec duo ... ex parte ... scripserit, eam hereditatem esse ... ex quadrante ... videantur scripti.* Contra cuius responsi verba, mallem, loquuntur Al. ... & Decius *n. ... l. C. de testam. mil.* Galeat. da *in l. centurio ff. de vulgar. n. 145.* & ibi etiam Ripa *nu. 145.* intelligentes, non esse hoc casu necessariam iuris potestatem, quia sub partibus expressis, de tota hereditate disposuisse videtur *per l. 3. C. de testam. mil.* nõ aduertentes, quod cũ testator de tota hereditate non disposuit, necessariam esse legis potestatem, ad euitandam regulam *Ius nostrum, de regul. iur.* quæ aliter, quam per ius accrescendi euitari non potest. Quamobrem resoluendum est, hoc ius accrescendi a legis ministerio, & potestate procedere, vt d. loco respondet Iureconsult. & commendat Aretin. *in l. si me a patre, §. filius, in si. ff. de lib. & posthu. Decius in Rub. ... n. 1. nu. 1. & 7. C. quar. do non peten. part.* ad quem sensum etiam reducendus text. *in l. qui non militabat. 78. §. Lucius, ff. de hered. instit.*

Vnde † cauendum intellego a Croti doctrina *in l. re coniunctis, nu 76 ff. de leg. 3.* intelligentis ius accrescendi principaliter procedere a voluntate defuncti, secundario vero a legis dispositione. Cuius sane cõtrarium resoluendum est, imo principaliter a legis potestate proficisci, secunda io vero a defuncti voluntate, qui cum de parte tantũ heredis disposuit, intelligens, id sibi non licere, potius est, inutiliter disposuisse, vt magis intestatus decederet. Verum quia rigore plena hæc interpretatio est, & benignior multo, quod imprudens fecerit, desiderans testatus diem extremũ claudere, placuit ea magis interpretatio, quod voluerit per ius accrescendi ex parte institutum, vniuersam hereditatem habere. *vt in l. 1. §. si ex fundo, ff. de hered. instit.* & explicat Galeaula *in l. centurio. ff. de vulgar. nume. 47.* Et ita, meo iudicio, sunt intelligenda iura defuncti voluntati huiusmodi bonorum affectionem tribuentia. scilicet text. *in l. si Titio, §. Iulianus ff de legat. 2. ibi quasi sibi ... tu,* ex Alexand. *in l. qui testamento 5. ff. de vulgar.* hoc it resoluente, *n. 4.* & Decio *in rub. C. quando non pet. part.* Vtraq; lect. & Gutierrez *ibidem in l. vni. nu. 19. Iason d. l. qui testamento n. 4. & Vbertus in l. p. C. de edicto diui Adriani toll. n. 195.* 42

Hæc † sine ratio, ne quis pro parte testatus, & pro parte intestatus decedat, contractibus minime adaptari potest: quibus mirũ non est, si ius accrescendi denegetur, quemadmodum Doctores *in l. si mihi, & Titio. ff. de verbo. oblig.* & alibi passim quasi sine scrupulo resoluunt, negantes proinde, in emphyteutica, aut feudali concessione per ius accrescendi successionem deferri non posse: & consequenter, vbi mihi & Titio, res fuit in emphyteusin concessa, & si ille moriatur, rei partem ei concessam, ... 43

qua...

quam exstincta concessione, ad dominū directum teneri, etsi ego accrescēdi iure illam vindicare cōtendam, vt resoluit Ancharan. *consi. 246. n. 2. Decius consil. 263. n. 2. Iulius Clarus, & alii supra citati.* Dicitur enim hoc casu, pæquali parte mihi & Titio emphyteusis concessa ex regula *l. reos, §. cum in tabulis, ff. de duob. reis.* & in specie tradit Alexan. *libr. 5. consil. 219. numer. 1.* Quocirca si illius pars deficiat, quia scilicet, antequam acceptet, decessit, aut acceptare noluit, ea mihi non accrescit. Vt cum Barto *in l. fundum cum mihi venderes, ff. de actio. empt. & in d. l. si mihi, & Titio, ff. de verb. oblig.* Quod idem obtinet, si postquam acceptauit emphyteusin, eius pars aliqua ex causa defecit, exstinctave est: quoniā ea exstincta domino directo, nō mihi vtilis erit. Ex Anchar. *d. consil. 246.* Decio & aliis supra citatis, quib. neminem referens accedit Anto. Gomez *1. tomo, cap. 10. n. 5.* & concordant alii supra relati *n. 39.*

44 Vnde † si contingat, emphyteusin mihi & Titio, in solidum concedi, quia in partes non est concessio diuisa, contrarium respondendum est, imo illius partem ab ipso repudiatam, aut aliter exstinctā mihi accrescere, vt resoluit Crotus *in l. 4. §. Cato, ff. de verb. oblig. n. 57.* & fuit sententia Baldi *in l. 1. q. 11. Cod. quan. non peten. part.* quem commendat Iason *in l. fin. C. de iure emphyt. an. n. 37.* & prius Al. xan. *lib. 1. consil. 30. versic. tertio & lib. 5. consil. 2. Decius consil. 108. ad fin. Cotta in memor. verbo emphyteusis concessa.* qui hoc ita resoluunt ea auctoritate Iureconsulti *in l. non distinguemus. 37 cum in plures, ff. de arbitris.* vbi habetur, vnum ex pluribus arbitris definire quæstionem posse, si in omnes & eorum quemlibet, fuit cōpromissum, habetur *in l. hoc artic. ff. de hered. instit. & in l. si pluribus, in princ. ff. de legat. 2. Bald. in cap. 1. §. fin. in fi. de success. feudi, & l. vnic. C. quan. non pet. part. q. 11.* qui firmat, hoc casu partem deficientē alteri accrescere, propter illam dictionem *quemlibet,* seu *cuilibet. Curtius senior consil. 49. versi. vndecimo, & fortius;* qui firmat, hanc esse communem, & cōtradicentem non habere, quod Iulius Clarus *d. verbo emphyteusis, q. 39. vers. scias,* firmat.

45 Ego † intelligo, in hac specie non agi de iure accrescendi, sed magis de iure nō decrescendi, *d. l. vni. §. vbi autem ad me. C. de cad. toll.* nec mirū, quia licet in contractib. non sit locus iuri accrescendi, est tamen iuri non decrescendi, *l. proprium solū, ff. comm. præd.* & propterea, vbi mihi & Titio est emphyteusis, & nostrorum cuilibet concessa deficiens pars alteri accrescit. Licet enim ius accrescēdi cesset, postquam ius quæsitum, *l. 1. §. fin. ff. de vsufru. accrescend. glo. pen. in l. aquam, ff. quemad. serui. amitt.* nihilominus tā. vbi aliud colligitur, ea voluntate concedentis, contrariū obseruandum est, vt in casu quem tractamus, cōtingit, in quo eo ipso, quod dominus directus emphyteusin plurib. concessit, & eorū cuilibet, voluisse videtur, vt per ius non decrescendi, deficiens pars parti accresceret, *Baldus in ca. 1. §. fin. num. 5 de success. feudi,* & sic plane defenditur supra scripta resolutio, quæ communis est, *teste Alexand. libr. 5. consil. 22. numer. 11. Decio consi. 327. nu. 2. Gozad. consi. 84. n. 19. tradit idem Decius, consi. 327. & Thobias Non. consil. 6. n. 7.* resoluens, huic iuri accrescendi, seu non decrescendi locum non esse, quādiu exstat aliquis de illa linea, cuius pars dicitur deficere, *per cap. 1. de duob. fratr. Bald. lib. 4. consi. 215. & 208. Capra cons. 82. n. 9. Corn. lib. 2. cons. 24. col. pen.* quos sequitur Thobias *cons. 6. n. 6. & 7.* licet cōtradicat Feder. *consi. 218.* qui nihil allegat: vel debet intelligi, quando linea est finita, & ita intelligendus Socin. iunior *consil. 70. n. 1. vol. 1.*

Verum † quod diximus, ius accrescendi cessare, quando pluribus pro parte æquali, est concessa emphyteusis, sane intelligitur, & procedit inter ipsos primos acquirentes, non sic in filiis, aut eorum nepotib. Nam vbi mihi filiisq; meis, concessa est emphyteusis, si plures mihi succedāt filii, & aliquis eorum moriatur, eius pars ceteris accrescit, *Bart. & alii in d. l. si mihi, & Titio, ff. de verb. oblig. Anchar. consi. 245. Curt. de feudis, 2. par. col. fin. Alexand. consi. 55. col. fin. & consi. 13. col. fin. libr. 5. Papiens. in l. re coniuncti, ff. de leg. 3. num. 161. Bellonus consi. 20. numer. 4. & Couarruu. 2. part. Rubr. de testam. nu. 26. Rubeus libr. 1. consil. 48. num. 7. Iulius Clarus d. §. emphyteusis, q. 39. versic. sed quando,* qui cum Corneo, *consi. 13. lit. A. lib. 2.* testatur hanc esse communem scribentium sententiam, quod idem Corneus probat *lib. 3. cons. 285. lit. m.* Cōcordat Alex. Decius & alii, quorum ad id meminit d. loco Iulius Clarus, qui etiam ad id citat Beroium, *q. 70. n. 2. & Iason d. l. si mihi, & Titio, nu. 12. ff. de verb. obligat.* Quamobrem si mihi & Titio emphyteusis fuit concessa, nostrisque liberis, inter filios meos erit locus iuri accrescēdi similiter, & inter filios Titii. Ceterum si altera deficiat linea eius pars domino applicabitur, vt cum Bart. *d. l. si mihi & Titio,* atque Alexa. *lib. 7. consil. 167. n. 4.* firmans communem resoluit Iulius Clarus *d. §. emphyteusis, questio. 39. in fine.* 46

Quod † intelligendum reor, nisi mihi & Titio, nostrisq; liberis, & cuiuslibet nostrū emphyteusis concedatur: quo casu, etsi in duas partes emphyteusis sit diuisa, quamdiu nostri exstabunt liberi, nihilominus deficiens pars, alteri per ius non decrescendi applicari debet, propter dictionem illam, *& cuiuslibet nostrum,* per quam, vt proxime resoluimus, visus est dominus voluisse partem deficientem accrescere alteri parti, *vt voluit Anchar. d. consil. 245. num. 9. Baldus in cap. 1. §. filia, in fin. de success. feudi. Iason post alios in l. re coniuncti, ff. de legat. 3. nu. 2. Socinus consi. 50. vol. 1.* Quo argumento hanc sententiam tenuit Speculator *in titul. de locato. §. nunc aliqua. versicul. 69. Alexand. libr. 5. consil. 2 ... nu. 9. Romanus consil. 19. Ancharan. consil. 245. col. 2. in prin. & 418. Alex. consi. 17. lib. 5. & 30. libr. 1. Curtius iunior, consil. 49. n. 54.* Cuius tamen cōtrarium facile defendi potest, vbi concessio fuit facta mihi & Titio, nostrisque liberis, & cuiusq; nostrum, quia verbum, *quisq,* collectiuum est, non distributiuum, *vt habetur in l. hoc articulo, ff. de hered. instit. & in l. necessaria, §. si annua ff. de pignora. action. Bartol. & alii contra Angel. in l. pluribus, §. 1 & in l. Stychum, §. stipulatio. ff. de verbor. obligat. tradit Hieronym. Gabriel. consil. 87. nume. 2.* resolutos, per hoc verbum *quisque,* non videri concessum ius accrescendi, licet concedatur per verbum, *quilibet,* aut aliud simile distributiuum. Nec auctoritas Ancharani *d. cons. 245. col. 2.* mouere quempiam debet, quoniā, vt Gabriel *d. con.* admonuit, eius litera vel corrupte circūfertur, vel necessario fatendū est, perperā asseruisse verbū, *quisque,* esse distributiuum, quo ēt errore lapsus fuit Angel. *d. l. pluribus.* Addit etiam Gabriel, præmiss- 47

sa intelligenda fore, dummodo concessionis verba, distributiua, respiciant, & dirigantur in ipsosmet acquirentes, non eorum successores, quia hoc casu locus non erit iuri accrescendi, *ex Alex. lib. 5. consil. 13. Ruino consi. 47. nume. 5. lib. 1. Gabr.* qui ita explicat *d. consi. 87. post n. 3. Alex. etiam lib. 5. consi. 17. nu. 17. col. fin.* Deniq; hoc ius accrescendi, concedendũ intelligo, vbi concessio pluribus facta est, cum clausula, *quod finita generatione eorum res, ad concedentem reuertatur*, quo etiam casu ius accrescendi cõcessum intelligitur, siquidem totam nõ in partes diuisam, rem emphyteuticam, dñs voluit ad eũ reuerti. *Gabriel. d. consil. 87. n. 4.* Vltimo omnia supra scripta limitanda sunt in Imperiali concessione, quæ simpliciter pluribus facta, intelligitur facta in solidum, *vt voluere Bartol. & alii per text. ibi. in l. vni. C. si lib. Imp. Soc. lib. 10. Julius Clarus lib. 4. sentent. §. feudum, q. 77. versicul. scias, tradit Anton. Gomez 1. tomo. cap. 10. num. 2.*

48 Quæ † omnia confundi posse videtur ex auctoritate Labeonis *in l. fundus, 64. ff. de contrahen. empt.* Vbi Iureconsultus in hæc verba: *Fundus ille est mihi & Titio emptus. quæro vtrum in partem, an in totum venditio consistat, an nihil actum sit? Respondeo personam Titii pro superuacuo accipiendam, ideoq; puto totius fundi emptionem ad me pertinere.* Quod responsum plane nos docet in contractibus partem deficientem parti accrescere, quare scrupulo nõ caret, quæ supra diximus, quibus resoluimus ius accrescendi in contractibus locum non habere *per dict. l. si mihi, & Titio.* Sed si bene consideres, ibi Iureconsultus loquitur in summa duobus promissa, cuius facilis est diuisio, & separatio, vt sic valeat, pro parte nõ. Quemadmodũ n. vt stipulatio valeat summa diuiditur, vt pro parte stipulata vtiliter illa valeat, & inutilis adiectio submouetur, quando petenti decem, tu viginti promisisti, valet enim respectu decem petitorum, stipulatio, & quoad alia decẽ irrita & inanis censetur, *l. 1. §. si stipulanti, ff. de verbor. obl.* Ita in casu *d. l. si mihi, & Titio*, si quis sibi & extraneo, cui stipulari nõ poterat, decem dari stipuletur, fit summæ separatio & firma, quoad quinque sibi stipulata, promissio manet, sui iniora alia parte, extraneo inutiliter promissa. Est n. adeo in se separabilis, quantitas, seu pecuniariũ summa, vt quatenus diuersa est, diuersas videatur cõstituere species. varias & differentes, vt notabiliter explicat Menchaca *lib. de success. creat. §. 10 ante n. 116. cum seq.* qui contra communem *d. l. si mihi & Titio*, restringit ad casum, quo summa pluribus est promissa, cuius separatio, & diuisio, separabilis est in partes, adeo, quod species diuersas dicitur cõstituere: & proinde in casu illius legis cessare ius accrescẽdi: quia is, qui mihi & tibi decem promisit, duas æquales summas sane promisit, separatas ad instar specierum: quo circa pars deficiens, necessario partem facit, vt eo loco abũde per Menchacam, *& de success. progressu, §. 3. numer. 90.* & tandem *dict. §. 10. nume. 119. cum seq.* communem sensum respuit *ad d. l. fundus, 64. ff. de contrah. emptio.* quatenus eam Doctores intelligunt procedere, quia vendentis intererat, rem totam vendi, ne quo modo in communione cum altero emptore maneret, quasi aliter non fuisset venditurus, vt vltra a Menchaca citatos explicat Gutierrez *in l. vni. Codic. quando non pet. part. n. 14.* quoniam per eum sensum alter emptor, qui partem tantum emit, aliam partem emere cõpellitur, contra iuris regulas, secundum quas neque ille emere compelli potest deficientem partem, nec per ius accrescendi acceptare. Vtilis in proposito quæstio est, *an impediatur ius hoc accrescendi per diuisionem factam inter fratres eosdem emphyteutas filios, seu hæredes cum clausula. quod quisq; parte sibi contingente vtatur, & fruatur, pro modo, & libito suo, & cum potestate alienandi, si opus fuerit, &c.* quam in specie tractat Alexan. *consi. 189. per tot. vol. 2.* resoluens cessare.

Vt † autem eo reuertamur, vnde digressi sumus, 49
ex his, quæ diximus *n. 48* eodem argumẽto idem plane respondendum censeo in emphyteusi concessa pro marito, & vxore, suisq; filiis seu filio nominando in hunc modum: *Dizemo que daua, & concedia per titulo de prazo em tres vidas, como de feyto deu & concedeo a elle Sempronio, que presente estaua & sua molher, & a hũ de seus filhos ou filhas, que o derradeyro, que delles mais viuer nomear, &c.* vel ita sub hac conceptione verborum: *Para vos Sempronio, & para vossa molher, & para hum de vossos filhos, ou filhas, qual o que de vos mais viuer nomear, &c.* In quibus specieb. audiendũ fore filiũ secundi matrimonii intelligo, nullã inter has, & supra primam concessionem pro eorũ filiis constituens differentiam: latius enim istæ concessiones patent, quam illa, pro filiis vtriusq;. Hæc enim verborũ sensu & proprio significatu, ad filios amborum adeo restringitur, vt non sufficiat filium nominatum esse alterius tantum, *vt supra probauimus.* Tum quia is articulus vtriusque est complexiuus, requirens vtriusque coniugis concursum, tum etiam quia dictio, *de* vel *ex* (per quas necessario fatendũ est, videri concessionem factam per illum articulum, *dantrãbos*, quo necessario significatur, dominum directum concessisse emphyteusin pro filio nato, ex illo coniugio, seu de illo, procreato) est talis, & eiusmodi naturę, quod exigat, & caussam significet immediatam *vt diximus supra, n. 24.* & consequenter concessionẽ restringit ad filios natos ex vtroque coniuge: cuius contrarium obtinet, in cõcessione pro filiis eorum, vt proxime diximus ex auctorita. Baldi *in authent. qui rem. Cod. de sacrosanct. Ecclesiis, & sequacium.* Quod idem in concessione pro suis, seu vestris filiis dicendum est, quoniam & hæc in filiis singularibus, seu alterius tantum verificari potest, qui non minus sunt sui, quam communes sunt vtrique ex Corneo *consil. 233. lib. 1. & M. lib. 4. Parisio lib. 1. consil. 6. n. 13. cum seq.* intelligentibus, huiusmodi concessiones discretiue accipi posse, vt sic alterius tantum filios complectatur, quod in concessione pro filiis vtriusque admitti non potest, *per supra scripta.*

50 Caue † tamen, quia non desunt, qui intelligant Ordinationem hanc Regiam in hoc §. 6. nullã constituere differentiam inter concessionem factã pro filio vtriusque coniugis, & eam, quæ fit simpliciter pro vno filio: nam quemadmodum filius secundi matrimonii, potest nominari ad hãc emphyteusin, poterit & ad illã antecedens: deducunt ex illis verbis. ibi. *Posto que no contracto, se não faca mencam, senão de filho.* Credunt enim pragmatici, verba hæc esse expositiua illorum, quæ initio præmittuntur, ibi, *Para hum filho que dantre elles nasesse*, quasi non differat hæc ab illa concessione. Qua in re nõ mihi videntur, vt decet huius Ordinationis sensum percepisse, quoniam lex ista præmisso themate cõcessionis

nis factæ, scilicet, filio, qui ex vtroque nasceretur, quærit, *an in defectum filii, possit nepos nominari?* & respondet posse, quamuis in concessione filii tantum fiat mentio non nepotis, quæ verba sunt legis, non concessionis. Quamobrem non est verum, quod illi putant, in hac lege duas contineri concessiones, alteram respicientem filium vtriusq; coniugis, siue communem: alteram vero simpliciter filium, cuius appellatione contineri nepotem opinantur: & cōsequēter nominari posse. Ego autem existimo, Lusitanum legislatorem, neutiquam initio propositū axioma mutasse. Etenim illud, quod principio dixerat, ad emphyteusin concessam, *para hum filho que dantre ambos nascesse*, nominari non posse extraneum, sublimitat, & declarat non procedere in nepote, qui licet ex verborum concessionis rigore, etiam extraneus videatur cēsendus, nihilominus nominari potest: in quo lex hæc est singularis & notabilis, vt dicemus *infra*, cum de nepote nominando erit sermo. Quod igitur in fine huius §. scriptum est, *Posto que se nāo faca menção senão de filho*, ex themate præmisso supplendum est, *que dantre elles nascesse*, in quo consistit huius legis singularitas.

51 Ceterum † si intelligas legislatorem, in hac secunda parte casum, & specie initio præscriptam mutasse, id vnū tantum deduci potest, ad emphyteusin pro marito, & vxore, atq; vno filio concessam, nepotē nominari posse: quæ cōclusio nō tam late patet, & lex hæc neutiquam ꝓbat, non esse constituēdam differentiam inter concessionem factā ꝓ filio sic factā, simpliciter & ꝓ filio vtriusq;. Non etiam admitto eorum argumentum, qui aduersus supra scripta, asserunt, concessionē factam *para hum filho dātre ambos*, non excludere filiū secūdi matrimonii, vel alterius coniugis. Aiunt n. concessionē factā ꝓ marito, & vxore, in solidum factam censeri, non minus quam si scriptum fuisset, *concedimus vobis marito & vxori, & vestrum cuilibet*. Quare inquiunt, idem cēt dicendum in secunda parte concessionis filium respiciente, vt etiam filiorum respectu concessio in solidum facta dicatur, quasi etiam scriptum fuerit, *Para hum filho, que dantre vos, ou de cada hum de vos nacer, &c.* Secundum quem sensum & interpretationem, intellecta hæc concessio non submouet filium singularem ex alio coniuge susceptum, quoniam, vt intelligo, respectu mariti & vxoris concessio in solidum facta est: filii vero minime: quia ex concessionis verbis constat, dominum directum concessionē potestatemq; nominandi restrinxisse ad filium illius, non alterius coniugi, quamobrem omnis cessat coniectura, *l. continuus. §. cum ita ff. de verb oblig.*

52 Quæ † sententia sine difficultate procedit, quādo contēplatione primæ vxoris fuit emphyteusis cōcessa, quo casu maritus alterius vxoris filium nominare non pōt, vt probat tex. *in cap. 1. §. mulier, si de feudo fuer. controuers. inter dom.* & ibi notat additio, quæ dicit illum text. esse restringendum, quatenus probat, in affectione feudi filios primi matrimonii esse præferendos, quando scilicet fuit feudū cōcessum illius matrimonii contemplatione. Iuuaut, quæ diximus *supra c. 12. & in tract. de nominat. q. 14. n. 40.* Vbi resoluimus, emphyteusin in præcedentem a prima vxore, filiis primi matrimonii esse concedēdam, nec secundi nominari posse, quamuis concessionis verba id patiantur: quoniam intelligi debet, ordine successiuo, non exstantibus filiis prioris matrimonii, vt ibi aduertimus.

Quamuis † igitur Baldi *in d. authen. quas rem, & sequacium*, maxima sit auctoritas, facili quidē negotio defendi potest, emphyteusin concessam, ꝓ marito, & vxore, eorumque filiis, seu suis liberis ad filios secundi matrimonii minime pertinere, vt iam aliquādo, cum gloriosæ aduocationis munere fungeremur in supremo Olysipponensi senatu, in caussa magni momenti respondimus. Fuerat enim nobili cuidā viro nuptū data emphyteusis, vxoriq; suæ & pro vno ex suis filiis, quem vltimo loco decedēs, nominaret. Mortuo viro, ex quo vnicū filium susceperat, vxor florenti adhuc ætate, viduitatis incommoda ferre non patiens, secundo nupsit, ex quo similiter liberos habuit. Blanditiis deinde coniugis allecta, filium secundi, omisso filio prioris matrimonii nominauit. Quidam magni nominis id eam iure facere potuisse ex auctoritate Baldi *d. auth. quas rem*, audacter responderunt. Ego aūt contrariū consului in fauorem filii prioris matrimonii, ex sequentibus. Primo perpendebam verba illa cōcessionis, *Para vos & vossa molher, & hum de vossos filhos, ou filhas, qual o derradeyro de vos, que mais viuer nomear, &c.* Quæ verba sunt complexiua, & secundum vulgarem sensum, nō minus restringuntur ad filium communem, quam illa concessio, quæ fit pro filio vtriusq;. Quod videtur agnouisse Imola, & post illum Iason *in l. certi condictio. §. quoniam, num. 18. ff. si cert. pet.* quatenus resoluunt, huiusmodi concessionem restringēdam esse ad filios natos tempore cōcessionis factæ, nisi adsit consuetudo in cōtrarium, tantū abest, quod possit nominari filius alterius matrimonii: siquidem, nec illius nominari vllus alius potest quam ex natis, & procreatis, tempore concessionis. Et est in promptu ratio, quia dictio *suus, sua, suum*, in aliqua dispositione posita illam restringit ad tēpus præsens, *tex. in l. si ita. ff. de auro & argent. leg. Peralta in l. cum fundus, col. 1. ff. de leg. 2. tradit Afflictus in rub. 24. lib. 1. constit. n. 5.* Quamobrem illa emphyteutica concessio, *Pro vno ex filiis suis*, seu *vestris*, restringenda est ad filios iam natos, & exstantes, si qui sunt, inter quos dumtaxat dicendum est, datam fuisse nominandi potestatem. Aliter si nondum erant nati filii, ad nascituros porrigendam esse concessionem non inficior, vt nullitas euitetur, & elusio.

Inducebam † etiam singularem in materia Baldi doctrinam *in l. fin. col. 2. C. de ind. vidutt. toll. versic. & nota.* resoluentis, mariti concessionem factā vxori suæ, restringendam esse ad eam vxorem, quam ille tunc temporis habebat, nec comprehendere posteā ductam, quia de illa, quam habebat, videtur fuisse actum, & cogitatum. Et late hanc probat sentētiam Pelaez *lib. 1. Maioria. q. 48. n. 50. cum seq.* Quod verum esse ex supra scriptis deducitur, & ex his, quę tradit Tiraq. *in prin. l. si vnquam. C. de reuoc. donation. n. 00* firmans, neque naturale, nec ciuile esse, expectare secundam vxorem, & ex ea secundos filios. Pro qua facit notabile responsum Iureconsulti *in l. si quid earum. § fin. ff. de leg. 3.* ibi, *Quia non est ita de posteriore vxore cogitatum.* Quib. verbis nititur Bald. *in d. l. fin.* resoluens, legatum simpliciter vxori relictum non pertinere ad secundam vxorem, sequitur Cremens. *sing. 8. & Felin. in c. 2. de treuga, & pace, Iason. Dec. Panorm. & Cuma*, quorum meminit Tiraq.

d. prin. l. ſi vnquam, nu. 104. quibus addo Seguram *in repet. fol. 111. col. 3. poſt princ. Couarr. in cap. requiſiſti, de teſtam. nume. 3. & Tiraq. in l. boues. §. hoc ſermone, ff. de verbo. ſign. n. 104. Coſtam in cap. ſi pater, de teſtament. in 6. pag. 86. num 9. & 10. & Paulum de Monte pico. in l. Titia. §. Titia ff. de legat. 2. nu 108. cum ſeq* qui omnes probant, ſermonem ſimpliciter prolatũ, verificari in primo actu, ac proinde vxori legantem, aut aliter mentionem facientem, de prima tantum egiſſe cẽſeri. Quo argumento & ratione, dominus directus, qui nominandi facultatẽ vnum de filiis ſuis dedit, emphyteutæ ad filios tñ illius matrimonii, non alterius futuri, eam poteſtatem reſtrinxiſſe intelligitur, de quo nulla naturalis, aut ciuilis ratio patitur, illũ cogitaſſe, vt eleganter firmat Tiraq. *d. principio l. ſi vnquam, n. 105.* in hæc verba: *vt interim omittamus quod qui de liberis loquitur aut cogitat, debet cenſeri loqui aut cogitare de liberis primi matrimonii tantum, ſicut, qui de matrimonio loquitur. de primo tantum intelligere videtur*, per textum ad hoc notab. *in l. dotis promiſſio, §. fin. de dot. promiſſ* & per regulam *d. l. boues. §. hoc ſermone.*

55 Quæ † notabilis eſt reſolutio, in propoſita ſpecie, vt de ſecundo matrimonio, & ex eo procreandis liberis, nulla prorſus cõſideratio habenda ſit, niſi illorum expreſſa mẽtio fiat, vt Iureconſ. probat *in l. ſi vir vxori, cum l. ſeq ff. de cond. & demonſtr. Boerius q. 276. poſt med.* Neq; parum conducit, quod *in d. princip. l. ſi vnquam. nu. 103.* Tiraq. poſt Socinum & alios probat, donationem factam ſub filiorum cõmemoratione, per natiuitatẽ filiorũ ex ſecũda vxore ſuſceptorum, non reuocari, quia illorũ nulla prorſus commemoratio, aut conſideratio habita cenſetur. Vt ibidem late reſoluit. Quare in propoſita ſpecie aſſerendum eſt, conceſſionem emphyteuticam pro marito & vxore, eorumque filio nominando, reſtringendam fore ad filium communem, non vero comprehendere filios naſcituros, ex alia ſecunda, ſeu futura vxore, de quibus prorſus cogitatum non fuit, nec ciuiliter aut naturaliter cogitare licuit: quoniam ſine triſti euentu id fieri non potuit, *per l. inter ſtipulantem. §. ſacram, ff. de verbo. oblig.* Neque mouere debet in contrarium Bald. auctoritas *in d. auth. qui rem. C. de ſacr. Eccleſ.* quoniam loquitur, in caſu omnino contrario & diuerſo. Ponit enim caſum, quãdo alter cõiugum, tempore acquiſitionis, filios alterius matrimonii habebat, q̃ prius contraxerat, quo caſu ait Bald. admitti debere filios prioris matrimonii, ad quos reſpectus haberi potuit. Ceſſant n. in his filiis ex priore matrimonio iam natis, iura & rationes ſupra adductæ q̃ habent triſtem & infelicem mortis euentum, atq; ſeparationis p̃ſentis matrimonii. Quare cum hi filii præſẽtes ſint, & non excluſi, vocati videntur, quia non minor eſt eorum ratio, quam aliorum eſt affectio.

56 Quo † argumento paſſim Doctores probant, emphyteuſin acquiſitam pro filiis, ab eo, qui erat ſolutus, coniugio, nec filios habebat, non minus ad filios ſecundi matrimonii, quam primi ſpectare: quoniam in hac ſpecie, ſolutus emphyteuta nõ magis hos, quã illos reſpexiſſe videtur. Quod in legato relicto vxori p̃bant, Alex. *lib. 2. conſ. 171.* qui in marito ſoluto loquitur, & pro ſecunda vxore conſuluit, idem tradit Couar *in c. requiſiſti. de teſta. nu 3. Tiraq. in prin. l. ſi vnquam, C. de reuoc. dona. num. 106. cum ſeq. & Coſtam c. ſi pater. de teſtam. in 6. pag. 86. num. 10.* vbi plures refert. Ex quibus plane conſtat, Baldi in hanc rem ſententiam perperam adduci, quoniam loquitur, quando ex priore matrimonio, filii aderant, quos Baldus intelligit, non minus, quam natos, ex præſenti matrimonio cõprehendi, vt ex verbis Baldi apparet, dum ſubdit: *Modo iſta vxor habebat filium quendam ex alio matrimonio, &c.* Quare loquitur in caſu ſupra ſcripto noſtro, omnino diuerſo, & contrario: quare pro hac ſententia magis retorqueri poteſt.

Vlterius † Baldus loquitur in ſpecto iure cõmuni & eius diſpoſitione, ſecundum q̃ omnis emphyteuſis pro filiis acquiſita, eſt inter eos diuidenda, *l. ſi tem prædia. ff. famil. herciſcun. Commu. ie in l. qui Romæ §. duo fratres ff. de verb. oblig. tradit Valaſcus de iure emphyt. q. 35. num. 12. cum ſeq.* Quamobrem inquit Bald. cum marito, & vxori, & eorum filiis emphyteuſis cõceditur, videri inter eos factam quandam diuiſionem, & ſic pro diuiſo, & parte eiuſdem factam cõceſſionem, ac perinde iudicandum fore, ac ſi maritus ſibi, filiiſq; ſuis, emphyteuſin ſtipulatus fuiſſet pro parte dimidia, & pro alia parte vxori, & filiis eius. Quocirca dictio *eorum ſ. m*, etſi natura ſua ſit cõplexiua, in diſtributiuã reſolui debet, quaſi maritus pro ſe, & filiis ſuis partem diuiſam fuiſſent ſtipulati, quem fuiſſe Baldi ſenſum, & intellectum conſtat, ibi. *Quia diuiditur inter virum & vxorem.* Concordat Alex. *lib. 5 conſil. 119 col. 1.* Sequitur ergo Baldum contrarium cenſuiſſe, & probare quando emphyteuſis, non eſt diuidenda: quemadmodum in his regnis contingit, in quibus omnis emphyteuſis eſt indiuidua. & penes vnum de filiis, tantum manere ſancitum eſt, per l. Regiam *lib. 4. tit. 94. §. 24. in nouis.* Quo caſu Baldus non loquitur, imo cõtrarium probat, ſcilicet emphyteuſin filiis cõmunibus non alterius tantum adiudicari debere, ſecundum verũ, & genuinum verborum ſenſum & naturam, quæ complexiua eſt, a qua recedere non licet, niſi adſit manifeſta voluntatis contrariæ coniectura *l. non alter. ff. de leg. 3.* At ſi dixeris, etiam in his regnis emphyteuſin diuidi ſaltem per æſtimationem, iuxta formam d. l. Regiæ *in d. §. 24.* reſpõdeo ſatis eſſe, ipſammet rẽ emphyteuticam diuidi nõ poſſe, quoniam penes vnum tantum manere debet integra & indiuiſa, vt Baldi auctoritas ceſſet. Quare debet neceſſario filius primi matrimonii præferri, quia ei iura magis deferunt, in his, quæ durante primo matrimonio acquiſita ſunt, vt habetur *in l. fœminæ. C. de ſecun. nupt. & in l. ſi mater. C. ad Tertyll. Ordinatio. lib. 4. tit. 91. §. 2. & 4. in non.* 57

Sed † attende, quia hoc ſolum procedit, quando emphyteuſis fuit marito, ab vxore data, aut in manibus domini directi renũtiata, cum clauſula, quod illam marito cõcederet ſibiq; & eorum filio nominãdo: quo caſu filiũ prioris matrimonii p̃ferendum eſſe cenſeo, nec poſſe a patre nominari filium ſecundæ vxoris, exſtante filio primæ, ex regula *d. l. fœminæ. C. de ſecund. nuptiis.* Ita notabiliter reſoluit Alex. *conſ. 119. n. 5. vol. 5. & n. 6.* omnino videndus. quoniam loquitur etiam in conceſſione pro cuiuslibet eorum filiis. Vnde ſi contingat, emphyteuſin paternam eſſe, nulla iuris ratio patitur, filium primi matrimonii, eo caſu, quo ſecundum formam conceſſionis, filius ſecundi matrimonii nominari poteſt, præferri debere. 58

Sed † hoc intelligendũ ſane eſt, niſi adſit conſue- 59

tudo,

tudo, in fauorem filiorū primi matrimonii, vt habetur *in ca. mulier si de feud. fuer. controu. inter. dom. & agn.* vbi quæstio mota inter filios primi & secundi matrimonij, de feudi atq; aliorum bonorū successione in fauorem filiorum primi matrimonii fuit decisa & determinata; q ibi gl. intellexit esse cōtra iuris communis regulas, secundum quas, æqualiter omnes succedunt, quare intellexit filios secundi matrimonii de quib. ibi fuisse naturales successionis 10 capaces. Ceterum Bald. & alii cōmuniter scribentes rectius intuentes opinantur illum tex. intelligendū vbi consuetudo filiis primi matrimonii, exclusis secundi ad successionem vocat, vt cum communi resoluit Soarez *in l. quoniam in prioribus amplia. 10. C. de inoff. testa. fol. 25. col. 1.* & firmat communem Curt. *lib. feudorum. 3. part. n. 27.* Et est in promtu ratio, quia successio est iuris positiui, *vt tradit Menchaca de successi. creatio. supra xxiii, nu. 14. & §. 1. in princ. rursus. & in § 22. n. 293.*

60 Quapropter † potest consuetudine abrogari. Communis est omnium resolutio, *in d. cap. mulier,* quam fouet egregia Baldi doctrina, *ibi consuetudo introduci posse, vt solus primogenitus succedat ceteris omnino exclusis.* Quod idem voluit Baldus, *in l. cunctos populos, C. de summa trinit. versi. deinde quæro,* & videtur casus expressius *in cap. filii nati. si de feud. fuer. controuers.* ibi. *Nam quamuis rationes improbetur talis conditio, ex vsu admittitur,* & est de hoc casus clarus *in c. 1. de filiis nat. ex matr. ad morg. contr.* ibi. *In proprietate vero non succedunt secundum vsum mediolanensem,* quibus hæc sententia probatur, & aliis, quorū meminit Soarez: Et iuxta hanc consuetudinem intelligenda est omnis emphyteutica concessio. & consequenter, quod existante filio primi matrimonii, filius secundi non audiatur, quia a regionis vsu & cōsuetudine omnis concessio interpretationem ca-
1 pit, *Bartol. in l. vt in iurando. § si liberti, ff. de oper. liberto. & cons. 60. col. 1. Iason in l. 2. C. de iure empb. n. 187. Alex. lib. 5 cons. 124. col. 2. habetur in l. si de interpretatione, ff. de leg. & in l. si prius, 17 ff. de aqua pluu. arc. tradit Brunus, lib. de stat. excl. fœm. art. 5. a numer. 22.* Quamobrem in his regnis in fauorem primogeniti filii, ex primo matrimonio nati, respondendum est, vbi bonorum regalium (quæ vulgo *Regnengos* nuncupamus) successionem consuetudo soli primogenito deferret.

ARGVMENTVM.

Quæstio facti pro filio primi matrimonii.

Renouatio est concedenda filio primi matrimonii non secundi.

Concessio pro filiis primi matrimonii, an excludat filios secundi, aut tertii.

Nepotes an appellatione filiorum contineantur, in emphyteutica concessione.

SVMMARIA.

1 *Emphyteusis a patre stipulata pro filio nominando intelligitur primo suo non alieno.*

2 *Emphyteusis renouatio est cōcedenda filio primi matrimonii non secundi.*

Interpret. l. cum vir. ff. de conditio. & demonstrat.

Filii alterius matrimonii includuntur, si vxor præsens, erat senex, aut sterilis.

3 *Concessio pro filiis primi matrimonii non excludit filios secundi aut tertii.*

4 *Nepotes excludit concessio pro filio, vel filia ex vtroque.*

Dictio, Ex, denotat caussam immediatam.

5 *Nepotes filiorum appellatione non continentur in emphyteutica concessione, & n. 7.*

6 *Emphyteusis concessa pro se & vxore & filio, vel filia, hisq; non existentib. pro alia persona quam postremus nominasset, si vacillatur, ab altero parentū a nepote ex filio præmortuo ab emtore ex vi repræsentationis vindicari non potest.*

7 *Feudi concessio pro filiis restiis descendentes in infinitum.*

Filiorum appellatione an contineantur nepotes in feudo, vel emphyteusi.

8 *Emphyteusis pro filio, vel filia non comprehendit nepotem.*

9 *Filii sunt, qui primum obtinent gradum.*

Nepotes filiorum appellatione continentur in materia fauorabili non in contractibus.

10 *Filiorum appellatione nepotes non continentur, quādo testator, vel statutum sic disponeret.*

11 *Nepos non venit ex mēte testatoris, & voluntate.*

12 *Nepos non venit appellatione filii, quando testator nominat, & vocat filios fratris sui nominib. propriis, vel alterius. & post mortem sui heredis substituit Petrum, Joannem, & Antonium filios fratris sui Francisci pendente conditione fideicommissaria substitutionis, moriatur Antonius superstitibus liberis & sic nepotib. Francisci illi non veniunt.*

13 *Nepos nō venit appellatione filiorum si dispositio testatoris in ea parte in qua est expressum nomen filiorum impleuerit suum effectum.*

24 *Nepotes filiorum appellatione non veniunt quando inde insurgeret aliquod grauamen fideicommissi imponendi tam contra filios quam contra nepotes.*

15 *Nepos appellatione filii nō venit, quando filii nomen cum aliqua qualitate expressum est. veluti filius Titii qui erit Doctor.*

16 *Nepos appellatione filii non venit quando testator in vna parte testamenti prouidet nepotib. vel de his intelligi volens nomen liberorum expressit, & in alia parte instituendo vel substituendo expressit nomen filiorum.*

17 *Nepos non venit vbi nomen filii fuerit prolatum cū aliqua restrictiōe vt talis filius, vel actius filius.*

18 *Nepos non venit quando illi qui nomine filiorum voluerunt contineri, vti nepotes & admitti ad fideicommissum, non erant nati, vel concepti tempore testamenti, vel mortis testatoris.*

19 *Nepotis appellatione qui velit comprehendi filios filium habet locum in relicto simplici & pure dato, non vero in legato seu fideicommisso conditionali & in aliquem futurum euentum præstando.*

20 *Interpret. l. Titius & l. item prætor, ff. de suis & legit. hered.*

21 *Nepos venit appellatione filii ex legis interpretatione.*

22 *Legis interpretatio de filio ad nepotem non tantum in differentiis sed etiam in tertio filio procedit.*

23 *Filiorum appellatione sub mente legis interpretatione nepotes non comprehenduntur.*

24 *Limitatur nisi ratio pietatis aliud ostendat.*

25 *Non procedit etiam in casibus a iure expressis.*

26 *Nepos filii nomine continetur, quando est eadem ra-*

tio in nepotibus qua in filiis si materia vtrisq; convenire possit.

27 *Nepotes filiorum appellatione veniunt etiam in casibus a lege non expressis qui tamen similes sunt illis qui a lege exprimuntur.*

28 *Nepos appellatione filii comprehenditur quando de mente testatoris constare potest.*

29 *Nepos appellatione filii continetur, quando testator de filiis mentionem faciendo dispositionem suam in aliquem futurum euentum extenderit, qui in nepotibus sicut in filiis verificari potest.*

30 *Nepos appellatione filii continetur vbi testator disponendo ostendit se velle bona sua in agnatione seu familia conseruare.*

31 *Nomine filii sicut venit filia & sic masculinum concipit fœmininum, ita & venit nepos.*

32 *Filiorum appellatione nepotes continentur, quando testator instituendo relinquendo vocando prouidet filiis & pro eis fauorabilia facit & disponit.*

33 *Nepotes licet filiorum nomine ex iusta interpretatione legis ad fideicommissum vocentur, quoniam & ii proprii sunt filii, tamen frequentius, & communi vsu loquendi, nepotes qui non ex filiis, vel filiabus sed ex fratribus & sororib. nati sunt, ad institutiones, legata, & fideicommissa admittuntur.*

34 *Filiorum appellatione in numero plurali veniunt nepotes.*

Nepos nominari non potest, ex commissione nominandi filium.

35 *Nepos nominari potest, non existantibus filiis, & 37.*

36 *Nepotes filiorum appellatione cōtinentur in emphyteutica concessione contra communem.*

Filiorum appellatione veniunt nepotes in testamentaria dispositione, nisi materia sit odiosa.

Interpret. l. cum pater. §. hereditatem ff. de legat. 2.

37 *Concessio pro suis filiis excludit nepotes, secundum Socinum.*

38 *Concessio pro filiis amborum mariti & vxoris, non excludit nepos.*

Dictio, Ex, aliquando denotat caussam remotam.

39 *Nepos ex filio dicitur: Ex me natus.*

Dictio ex caussam denotat immediatam, & nepotes excludit.

40 *Nepos substitutum excludit.*

41 *Nepos dicitur ex corpore aui natus.*

42 *Nepos continetur appellatione filii, ex proprio corpore nati.*

43 *Nepos ex filia dicitur ex corpore aui natus.*

44 *Mulieri in tertia generatione conceditur emphyteusis.*

Emphyteusis hereditaria potest legari, & nepoti pro filiis concessa potest dari.

45 *Filiorum appellatione continentur nepotes ex verosimili disponentis voluntate.*

Interpret. Lex Lucius, 2. ff. de hered. instit.

CAPVT XIV.

1 EX † prædictis, aliquando in praxi resoluimus casum vtilem, & necessarium. Finge hypothesin. Ego filiæ meæ emphyteusin in dotem constitui, eamque in tertiam vitam nominaui: ea postea susceptis liberis marito orbata, secundo nupsit, alii, ex quo similiter filios suscepit. Deinde per viam renouationis, nouam a domino directo, concessionem, & inuestituram impetrauit, ipsius emphyteusis, pro se & marito, & vno filio nominando. Hæc postea mortuo etiam secundo marito, ac vidua facta, nullo nominato filio decessit. Exorta est quæstio inter filium primogenitum prioris matrimonii, & filium secundi matrimonii. Vterque emphyteusim ad se pertinere contendit: quæritur *quis iustius induat arma*. Is ex secundo marito genitus allegabat, emphyteusin a patre suo fuisse stipulatam, pro vno filio nominando suo nempe, non alieno, ex regula *l. cum ver. 25 ff. de condit. & demonstrat.* ibi. *verisimile non est testatorem de iis liberis sensisse, qui ex alio suscepti fuissent, l. si ver. 60. cum l. seq. ff. eod. & in l. matrimonii, 21 ff. qui & a quibus. bonus tex. in l. si enter virum, 24. ff. de pactis dot.* ibi. *Sufficit eos ex matrimonio nasci, in quo dos data est.* Inducebat etiam Ordinationem nostram *in hoc §. 6.* cum iis quæ supra scripsimus, in fauorem filii nati ex vtroq; parente, seu emphyteuta. Verū quia in concessione fuerat simpliciter vocatus vnus filius, neq; fuerat adiectus ille terminus, *Dantre ambos*, asserebat pro adiecto habendum fore, quia clausula est, in similibus concessionibus apponi cōsueta: solita enim & consueta, etsi non exprimantur, adiecta censentur, *vt late diximus supra cap. 6. numer. 2.*

2 Verum † prædictis non obstantib. contrarium respondimus. Primo quia constabat, emphyteusin in dotē datā fuisse primo marito, & ab auis filii prioris matrimonii processisse. Quocirca nisi in vita matris reuocata emphyteusis fuisset, erat sane ceteris exclusis, renouatio cōcedenda, ex doctrina Bartoli *in l. 1. §. permittitur, ff. de aqua quot. & æstiua.* quod nos latius prosequimur, *in tracta. de renon. emphyt.* Ergo cum mater nullum filium nominauerit, neq; in concessione renouationis factæ, dominus directus concessionē restrinxerit ad filios secundi matrimonii, magis dicēdum est, voluisse rem, & inuestituram ad iuris cōmunis terminos reducere, & consequēter filios prioris matrimonii vocare, q̄ excludere. Porro nullo nominato filio, primogenitus ceteros excludit, ac submouet, vt Ord *lib. 4. in §. 2. ti. 36. in nouis ergo, &c.* Inducebam etiam Baldi doctrinā a nobis superius recitatam, *in d. auth. quorē*, quatenus ad emphyteusin concessam pro marito, & vxore, & eorum filiis admittit, alterius matrimonii filium, & sic non communem. Imo futuri matrimonii, prout vulgo intelligitur: Multo ergo magis debet admitti filius primi matrimonii, ad quem contrahentes respectum habere potuerunt. Siquidem iam erat in rerum natura. Quibus non obstare censebam tex. *in l. cum ver. ff. de cond. & demonstrat.* quoniam loquitur & procedit, quando pater disponit inter filios, quo casu solum videtur de suis ꝓpriis, & ex suo corpore natis cogitasse: quoniam dispositio ab eius sola voluntate pendet. Sed contrarium obtinet in ꝓposita specie, in qua emphyteutica cōcessio & ab vxore pendet, & magis a dño directo, qui ne videretur omnino ius filiis prioris matrimonii lædere, caute quidē pro vno filio nominādo emphyteusin cōcessit. Alter enim si in fauorem filii communis, seu vtriusq; procedere voluisset, vtiq; addidisset, *Dantrambos* quod cum non fecerit, supra scripta interpretatio in fauorem filii prioris matrimonii amplectenda est. Quę eo pręsertim casu sequenda est, quo vxor iā erat senio confecta, ut

flectilia,

sterilis, vel producendæ prolis spe omnino destituta, ex his, quæ tradit Tiraq. *in l. si vnquam. in prin. nu. 108. C. de reuoc. donatio.*

3 Ex † quibus etiam vtiliter resoluitur, quod vbi dñs directus mihi emphyteusin concessit, pro vno filio nominãdo ex susceptis, seu procreatis ex primo matrimonio, si ex prima vxore nullos suscipiam liberos, potero filium ex secũda vxore natum nominare. Vt aliquando respõderunt apud nos grauissimi viri ex auctoritate Iacobi de Arenio, & Cyni *q. 6.* Alberici *ad fin.* Baldi *ad med.* & Salycet. *ad fi. versicul. quod deducit ad quæstionem, in l. si quis prioris. §. talem. C. de secund. nupt.* resoluentium, quod vbi statutum, vel cõsuetudo, solum primogenitum ex primo matrimonio ad successionem vocat, succedit primogenitus, ex secundo matrimonio susceptus, quando ex primo matrimonio nullus adest filius: imo si nullus exstabit, ex hoc secundo matrimonio natus filius, audiendus erit natus ex tertio. Et est ratio, quia secundum matrimonium, respectu tertii, dicitur primum, quemadmodum primũ respectu secundi, vt habetur *in l. si prior. ff. qui potiores. & voluit gloss. in rubr. Cod. de secund. nuptiis, & ibi Ioannes a Garron. numer. 7.* similis gloss. *in Rub. ff. de vulg. & ibi Ripa, col. 2. versi. quæ facit ad quæstionem,* Tiraq. firmans cõmunem, *in lib. de primog. q. 3. n. 6. & 7. & 83. in fi.* Quæ sententia mihi semper placuit in successione maioratus, vt obseruauimus *lib. qq. Forens. & controuers. Ciuil.* Verum applicari materiæ emphyteuticæ, quã tractamus, non posse mihi visum est, cum considero dñicam cõcessionem, pro filio nascituro ex primo matrimonio, seu certa vxore, restrictam esse, & limitatam, vt supra probauimus, in concessione de qua in textu nostro, *Para hum filho dantrambos,* quibus addo Curtium seniorem, *consil. 2. num. 2. cum aliis d. lib. scripsimus.* Quare nisi concessio facta sit, viro adhuc soluto, nulla iuris ratio postulat, audiendos fore natos ex secũdo, aut tertio matrimonio, qui sane ex dominica concessione videntur exclusi, in fauorem duntaxat filiorum primæ vxoris emphyteusin concedente, quam respexisse visus est. Quæ consideratio cessat, vbi viro nondum coniugato, emphyteusis est cõcessa, quo casu filius secundi matrimonii, aut tertii admitti potest, quia cessat restricta cõcedentis voluntas, qui magis meminit primi matrimonii, ad exclusionem filiorum ex secundo matrimonio, quam ad restrictionem concessionis, vt etiam contingit in statuto, & consuetudine præferente primogenitum ex primo matrimonio.

4 Excludit † etiam ista concessio, *Para hum filho dantrambos,* nepotes, qui minime dici possunt ex eo coniugio nati, & sic, *Dantrambros,* quæ concessio, seu verborum conceptio, caussam denotat immediatam, propter dictionem illam, *Ex,* vt habetur *in l. 1. §. ex incendio. incend. ruin. naufr. vbi Bartol. & Bertrand. in l. hac edictali, num. 7. C. de secund. nuptiis Hippol. in l. frater tuus, numer. 11. C. de sicariis, Ripa in rub. C. de secund. nupt. numer. 7. Phanutius de lucro dotis, pag. 232. numer. 30. Tiraquell. de cess. caussa limit. 20. numer. 29.* Quamobrem vbi statuto cauetur, quod non exstantibus filiis ex matrimonio, maritus dotem vel illius partem lucretur, maritus dotem vel partem lucrabitur, si nulli exstabunt filii, licet ex illis adsint nepotes, vt resoluit Bartolus, *consil. 133. in fin. Socinus consil. 15. lib. 4.* Aliter enim filios, aliter nepotes appellamus, *l. quod si nepotes, ff. de testament. tute.* & Bartolum *in dict. consil.* ad hoc refert Decius, *consilio 353. in princip.* qui loquitur in caso, quo sunt vocati filii amborum, nempe viri & vxoris, & resoluit moueri nepotes, quia illis verba concessionis non conueniunt, & consequenter nec concessio, *l. 4. §. toties, ff. de damno infecto. l. hos accusare. § omnibus. ff. de accusatio.* Qualitas enim requisita in filiis, si non concurrat in nepotibus, illos excludit, quia tunc appellatione filiorum non continentur, vt obseruauit Bartolus, per text. *ibi in l. si. C. de natur. lib. Decius d. consil. 153. n. fin. Tiraq. de primogenitura, q. 40 n. 54. Hippolit. sing. 303. Chassaneus consil. 53. n. 47. versic. 16.* Concordat Ripa, *lib. 2. responso. cap. 26. ante num. 20.* negans nepotibus priuilegium immunitatis, concessum auis, & descentibus, natis ex corporibus suis, quales non esse nepotes contendit, adducens bonum tex *in l. nam ciuium, 4. ff. de his. qui sunt sui, vel alien. iur.* vbi Iureconsultus docet, filios ex me & vxore natos, meos esse: nepotes vero ex filio & nuru.

Neq; † hoc mirum, quoniam de iure communi, 5
iuxta verã traditionem, in contractibus, filiorũ appellatione nepotes non continentur, *vt adnotauit Bartol. in l. liberorum. ff. de verbo. signif. Ancharan. in Clem. 1. de Baptismo. Butrius in cap. in quibusdam. de pœnis,* late Salycetus *in l. 2. C. de iure emphyt. q. 21. n. 32.* resoluens, in concessione emphyteutica pro filiis facta nepotes non contineri, ex vi verborum, & concedentis intentione, qui eo ipso, quod pro filiis cõcessit, nepotibus videtur negasse, ex regula *l. cum prætor. ff. de iudiciis,* sequitur Alexa. *libr. 2. consil. 204. num. 8.* vbi etiam citat Imolam *in l. quod dicitur. ff. de verbor. obligat. & tradit Gamma quæst. 260. sub numer. 1*

Non † longe a superiori differt casus notabilis, 6
quem nuper hoc anno 1586. 4. die Frebruarii, in hoc Senatu Portuensi decidimus cum Senatoribus meritissimis, aduersus nepotem. Fuerat cõcessa emphyteusis Ioanni Alfonso, & eius vxori, & filio, vel filiæ vtriusque ea conditione, vt non exsistente filio, qui postremus moreretur, ex coniugibus, quamlibet extraneam personam nominare posset, & eligere ad emphyteusin. Ii acquirentes susceperunt filium, qui demum suscepto filio, decessit in vita parentum: Postea, decessit vxor emphyteutæ, relicto coniuge superstite, & prædicto nepote. Postmodum, cum immineret angustia rei familiaris, prædictus Ioan. Alfonsus emphyteusin vendidit cuidam extraneo, cum consensu domini. Mortuo deinde Ioanne, nepos ex filio agit aduersus emptorem, vt illi emphyteusin dimittat, quam sibi competere asseuerat iure ad se transmisso ex persona patris, & vi repræsentationis, licet pater in vita aui decesserit. Et contra illum iudicauimus. Ego mouebar ex sequentibus. Et in primis considerabam formam concessionis, quæ fuerat facta pro marito, & vxore, & filio, vel filiæ vtriusq;, & nõ exsistẽte filio, vel filia, pro alia persona quam postremus coniugum in vita, vel in morte nominasset, qua forma attendenda est, nec ab ea aliquo modo recedendum, *Bald. in c. 1. §. denique, nume 2. quæ fuit prima caus. benef. amitt. cum aliis, quæ diximus in tract. de reuocatio. q. 18. nu. 13 ad fi.* Quare cum concessio fiat pro filio, vel filia, & rursus per verba geminata, non exsistente filio, vel filia, pro alia persona quacunque

quam postremus nominasset, & proinde in ea specie, in defectum filii, vel filiæ, extranea psona vocetur, vtiq; palam est, ad personas tantum expressas, & nominatas emphyteusin extendi, quia cõtractus sunt stricti iuris, *l. quidquid adstringendæ. ff. de verbor. obligat.* Et ob id consequens est, quod cum contrahentes filii, & vel filiæ tantum meminerint, non etiam nepotis, vtiq; nepos, qui improprie filius est, ad huiusmodi emphyteusin adspirare non possit: quoniam ex analogia & proprietate vocabuli, filii, vel filiæ, appellatione non venit. Etenim licet in testamentis, vel vltimis voluntatibus, in quibus fit lata, & ampla interpretatio, filiorum appellatione nepotes contineantur, *vt in l. Lutius. ff. de hered. instit. Dd. communiter in l. Gallus. §. instituens. ff. de liber. & posth.* Item licet in emphyteusi hereditaria locus sit repræsentationi, ac nepos patrem repræsentet, *vt in l. item prædia. ff. famil. hercisc. iuncto. §. cum filius Institut. de hered. quæ ab intestat. defer.* Tamen prædicta resolutio cessat in contractibus, in quib. cum strictior fiat interpretatio, filii appellatio nepotem non continet. *Bart. in l. liberorum cap. 5. ff. de verbor. significat. & diximus in tractat. de nomin. q. 19. n. 13 fol. 207.* Qua ratione in emphyteusi de pacto, & prouidentia, scilicet pro se & vxore, & filio, vel filia, vel etiam in concessione mixta sub forma vulgari concepta, nempe, *hisque deficientibus, pro alia persona, quam postremus nominauerit*, repræsentationi locus non est, vt late comprobat Valascus *de iure emphyt. q. 50. n. 5.* & nos latius diximus *in tractat. de nominat. q. 17. n. 6. fol. 184.* probat Ordinatio Regia *lib. 4. tit. 36. in nonis. §. E finandosse*, quæ repræsentationem excludit, dum excluso nepote, patruum admittit, de quo nos latius *d. q. 17.* Quamobrem cum nepos in proposita specie, neq; iure repræsentationis, neque vi trãsmissionis, nec virtute iuris quæsiti ex persona patris, admitti possit, vtiq; nullum ius habet aduersus tertiũ emphyteusis possessorem, in quem auus alienauit cũ dñi consensu: cum etiam filius, huius nepotis pater in concessione comprehensus & expresse vocatus, viuo, ac superstite patre relicto decesserit, & casus cõtigerit, in quem stipulatio cõcepta est, scil. quod filio, vel filia non existentibus, possit nominari alia persona. Quo casu cũ ex forma concessionis acquirens potuerit nominare seu eligere psonam extraneã neglecto nepote, idq; impune: vtiq; & multo fortius in extraneũ emphyteusin alienare, accedente dñi consensu, qui alienationi adhibitus ipsam alienationem stabilit, ac cõfirmat *l. fin. C. de iure emphyt.* idq; maxime cum reuocare possit, *vt tradit Villalobos, lib. commun. opinio. verbo. pater, nu. 63* & pacto derogari etiam futuris liberis, in emphyteusi pro se & liberis acquisita, accedente domini consensu, *vt tradit Alexan. consil. 91. n. 14. vol. 1. & Chassaneus consil. 53. nu 49. Socinus consil. 25. vol. 1.* vbi resoluunt, patrẽ filiis præiudicare posse in emphyteusi pro se, & liberis acquisita. Quocirca cum ius filii, ad emphyteusin, ex cuius persona nepos agit, ob mortẽ in vita aui contingentẽ ad caussam caduci redactum sit, potuit quidem auus, non superstitibus filiis, citra vllam nepotis iniuriam, extraneam personam nominare: nec vlla amplius querela aduersus auum nepoti superest ex *d. §. E finandosse*, cuius dispositio frustra propositæ quæstioni applicatur, cũ auus iam viuus emphyteusin alienauerit, ac possidere desierit, ex alienatione & contractu, in vita inito. Cuius dispositio, & ratio, ad casum vltimæ voluntatis referri nõ põt, *l. verba gesserũt, ff. de verb. sig.* Tum etiam ea ordinatio loquitur in successione ab intestato relicta in hereditate, emphyteusi p mortem aui, quod in pposita quæstione minime contingit. Viget pro hac sententia cõmunis regula, quæ dictat in emphyteutica concessione filiorũ appellatione nepotes nõ contineri, *vt tradit Alciat. post alios, in l. liberorum ff. de verb. sign. vbi etiam Bracheus. Rolan. a Valle cons. 93. nu. 17. vol. 2. Dionysius Pontan. in consuet. Blesens. titul. 5. vers. liberi.* Quod ita in prædicto casu ego & alii Senatores iudicauimus.

7 Ceterum † in feudis contrariũ obtinet, in quibus concessio pro filiis facta, omnes descendentes respicit, in infinitum, *secundum Baldum, in cap. quæ in Ecclesiarum. col. finali vers. sicut sed pone, de constit. & in cap. 1. §. fin. numer. 5. de successio. feudi.* quem extollit Iason *in l. 2. C. de iure emphyteu. q. 6. num. 229. & Alexan. libr. 5. consil. 17. dubio 1. nu. 3. & Cotta in memorabil. verbo. filiorum appellatione idem Iason in l. de quibus. ff. de legibus numero 29. cum sequentibus, & in l. si extraneus. ff. de condit. caus. data. numer. 10. cum seq.* Feudum enim, quia beneficium est, latam admittit interpretationem, *vt ibi per Iason. & Curtium 2. parte feudo. num. 45 sub titul. de feud. Iason.* & tradit Burlatus *consil. 21. numer. 15.* intelligens in donatione, & quauis alia simili materia fauorabili, id procedere, ex his quæ scripsit Socinus nepos, *consil. 144. nu. 81 lib. 3. & consil. 142. & 144. nume. 86. eod. Mazolius consil. 1 nume 103. cum seq. Roland. consil. 93. nu. 26. cum seq. vol. 2. Beroius consil 121. num. 10. libr. 2. Anton. Gabriel in suis conclus. de verbor significat. conclus. 1 n. 15.* Quibus addo, quod in hoc casu nepotes feudum, vel rem auo donatam, non capiunt, vt filii, sed magis vt heredes, quibus videtur fuisse prouisum, *l. si pactũ m. ff. de probatio.* nisi in cõcessione addita sit clausula restrictiua, qualis est illa, pro filiis tantum concedimus, *Socinus iunior d. consil. 142. n. 9 & 18. & consil 53. vol. 2.* quo tamen in loco asserit, huiusmodi bona simpliciter pro filiis donata, sine vlla temporis præfinitione, seu limitatione, ad successores, tam vniuersales quam particulares transire recte posse. *Alex. cons. 192. libr. 2. dubio 1. Socin. senior lib. 3. consil. 102 nu. 3. Iason in l. quidam. §. nihil. limit. 3 ff. edendo. Panlinus in l. 2. n. 13. C. de bon. mater.*

8 Sed † contrarium obtinet in emphyteusi, cuius verba sunt pprie & stricte interpretanda, vt in specie adnotauit Iason, *in l. de quibus. ff. de legibus, n. 19.* vbi refert Salyc. tum *d. l. 2. C. de iure emphyt. q. 21.* vbi etiam citat Imolam *d. l. quod si nolit. ff. de verbo. obligatio. col. pen. & in cap. potuit. de locato, in fin.* concordat idem Iason *in l. veteribus. ff. de pact. nu. 3. & in d. l. si extraneus ff. de cond. caus. dat. num. 21. & in l. pactum inter. ff de pactis. n. 3 & in l qua de legato nume. 14. ff. de legat. 1. & in stipulatio ista. §. in stipulationib. ff. de verb. oblig.* concordat etiam Alex. *lib. 2. consil. 185 nu. 2.* & post cũ Ias. & alii *in l. Gallus. §. instituens. ff. de liber. & post Iason in l. 2. C. de iure emphyt n. 232.* licet contradicat Alciatus, *in l. liberorum col fin ff. de verb signif.* perquam leuiter argumento. Ex quorum quidem relatione plusquam satis patet, hanc veram, & communem scribentium sententiam, secundum quam in casu l. nostræ nepoti, emphyteusis cõcessa pro filio, *Dantrabos*, negãda est. Ex iuribus, & rationibus.

nibus supra adductis. Quibus adde Seguram, *in l. si ex legati caussa. ff. de verbo. oblig.* idem firmantem, scilic. in contractib. & emphyteutica cõcessione filiorum appellatione nepotes non cõtineri: vt ibi probat *fol. 104. ad fin. Alciatus lib. 3. Paradoxo. capit. 14. & tradit Parisius libr. 1. consil 20. numer. 14.* limitans *numer. 23.* in gratiis seu donationibus, quæ latam admittunt interpretationem, *tradit Bald in cap. 1. §. & quia, n. 3 qui feud. dare poss. Pinellus in l. 3. C. de bon. mater. nu. 14.*

9 Nec † mirum, quoniam filii, proprie loquendo sunt ii, qui primum gradum descendentiũ obtinẽt *l. 1. §. primo gradu ff de gradib. affinit. & Institut. eod. titu. in princip.* Quare proprie loquendo nepotes, filii non sunt, alio nomine nuncupantur, *Bart. & Alciatus in l. liberorum ff. de verbor signifi. l. natorum. & l. iusta, cod. tit.* Quamobrem vtiliter Baldus *consil. 302. libr. 4.* resoluit, submota sanguinis affectione, si quis extraneus filio meo centum legauit, illa nepoti meo non deberi: quamuis contrarium sit obseruandum, si non sit extraneus, quia tunc sanguinis coniunctio efficere potest, quod verbum, *filio*, ad nepotem porrigatur, ex lata & impropria significatione, vt habetur, *in l. natorum. & dict. l. iusta.* Quod fit, vbi materia est fauorabilis & latam recepit interpretationem, *Fulgos consil. 78. Panormitan. 75. libr. 1. Iason & alii, in l. Gallus, §. instituens. ff. de lib. & posthum. Ruinus consil. 63. libr. 3. tradit Romanus, consil. 129. Decius consil. 353. col. fin. Bursatus consil. 31. numer. 15. volum. 1.* ponens exemplum in donatione facta mihi, & filiis meis. Aliter si materia est stricta, qualis est contractuum, vt habetur *in l. veteribus, ff. de pact. & in l. quidquid adstringendæ ff. de verbo oblig.* Contrarium respondendum est, tradit Alexan. *consil. 61. nu. 2. vol. 1. idem consil. 182. nume. 6. eodem.* vbi asserit in contractibus filiorum appellatione non contineri, licet regulariter veniant in vltimis voluntatibus. Etenim proprie loquendo nepotes nõ sunt filii, maxime, *Dantrambos*, id est, *vtriusq; mariti & vxoris.* Et probatur vltra prædicta *in l. quod si nepotes, ff de testam tut.* per rationem, ibi, *Aliter filii, aliter nepotes appellantur*, & *in l filium. ff. de his, qui sunt sui.* & Alciatus *in d. liberorum, & in l. filii eod.* vbi resoluit, & bene ex proprietate sermonis, appellatione filii, nepotem non contineri, & tradit Corneus, *consil. 182. col. 3. ad fin. versic. sexto videtur, volu. 2. Boerius consil. 96. ad fin. lib. 2. Thol Non. consil. 33. nu. 15. & Rebuffus in d. l. liberorum, pag. 963. versic. filii enim appellatione, & versi. seq.* reprobata distinctione Bartoli, an proferantur a lege, vel ab homine, & tradit nouissime Simon de Prætis, *in tract. de interpret. vlti. lib 3. interpreta. 3. dub. 4. solutio. 1. nu. 36. fol. 119.* Prosequere *vt infra n. 34.*

10 Sunt † tamen nonnulli casus notabiles, in quibus filiorum appellatione nepos nõ cõtinetur. Primus est, quando testator, vel statutũ sic disponerẽt, quod verba ad literam intelligantur, prout verba ipsa sonant & ibi iacent, absq; aliqua interpretatione, & aliquo extrinseco intellectu: tũc enim nepos appellatione filii venire non potest, ex aliqua interpretatione, quæ ideo sic prohibita apparet in verbis. Vt per Baldum *in l. maximum vitium, numer. 10. C. de liber. præter.* & in verbis testamenti per eundem *in l. precibus. n. 15. C. de impub. & aliis subst.* remouentem extraneum intellectum a verbis per *l. in his ff. de cond. & demonst.* & per ea, quæ tradit Simon de Prætis, *interpret. vlt. vol. lib. 1. interpret. 1. dubio 2. solut. 4. & in specie probat Alexan. consi. 198. nu. 16. & 17. lib. 6. & consi. 45. n. 5. lib. 7.*

Secundus † casus est, qñ testator esset extraneus, & nepos volens venire nomine filii deficientis, & vocati in testamento, non succederet testatori ab intestato, & aliquod iniquum, vel inhumanum nõ sequeretur de tali nepote nõ admisso: quoniam tũc talis nepos non venit, ex mente testatoris, & volũtate, in dubio, de sua dispositione cõformanda dispositioni iuris cõmunis. Ita respõdit Aret. *consi. 145. comprobat Curt. iun. consi 57. n. 5.* & plene Beroius, *cõsil. 122. volu. 2.* & Simon de Prætis *in tractat. de interpretat. vltim. vol. fol. 119. lib. 3 interp. 3. dub. 4. solut. 1. numer. 40.*

11 Tertius † casus est, quando testator nominat & vocat filios fratris suis nominib. ppriis, vel alterius, & post mortem sui heredis, substituit Petrum, Ioannem, Antonium, filios fratris sui Francisci. Si pẽdente cõditione huiusmodi fideicõmissariæ substitutionis, Antonius moriatur, superstitibus filiis, & sic nepotibus Francisci, isti quidem eueniente casu fideicõmissi, non veniunt nomine filiorũ Francisci, quos testator proprio nomine compellauit, quare non vocantur ad fideicõmissum, quoniã nominatio, & expressio nominis proprii Antonii, filii, Francisci, demonstrat palam testatoris intellectum, & voluntatem, nolentis suam dispositionem ad nepotes ampliari, *gloss. in versicul si quis filio. in l. si quis ita ff. de testam. & tradit Barto. d. l. Gallus § instituens, & in d. l. liberorum sub numer. 5 versicu. sed mihi videtur. Curtius iunior consil. 57. nu. 2. & consil 92. nu. 6. & 7. Bald. consi. 302. non continentur. vol. 4.* Idemq; iuris est, quoties quotiescumque constaret, aliquo modo definito, & taxatiuo, seu limitatiuo certi nominis filii, tunc enim nepos non venit, *Cumanus cõsil. 118. testator ad med. versi. instituti autem fuerant. Gozadi. consil. 39 n. 14 & 15 & consil 36. num. 10. Aymon consil. 94. n 9. Decius consil. 513. nu. 12. Parisius consi. 20. n. 57. lib. 3. Bellonus. consil. 50. numer. 5 Roland. a Valle, consil. 97. num. 18. & 18. vol. 4.* & est communis opinio *secundum Anton. Gabr. lib. 6. tit. de verb. sig. concl. 1. n. 70. Alciat. consi. 78. n. 8. lib. 9. Pratis d. solutio. 1. n. 39. lib. 3. fol. 119.*

12 Quartus † casus est, si dispositio testatoris, in ea parte, qua expressum est nomen filiorũ, sortita fuerit, & impleuerit effectum suum: ampliusq; sub hoc nomine filiorum, nepotes venire nõ oportet, quoniam in casibus, in quib. appellatione filiorum, veniunt descendentes, intelliguntur illi demum vocati, si dispositio in persona filii effectum nõ habuit, *Bart. in d. l. liberorum, n. 18.* sequuntur, & probant Curtius senior *consil. 46. numer. 21. Corneus consil. 131. col. 2. lib. 3. Gozadi. consil 39. num. 6. & 9. Parisius consi. 20. nu. 50. & consil. 86. nu. 25. & consil. 87. n. 22. vol. 2. & co sil. 14. n. 9. vol. 3. Alex. consil. 130. n. 5. Ruin. consi. 78. n. 5. lib. 2. Simon de Pratis. solutio. 1. dubio 4. numer. 44. fol. 119.*

13 Quintus † casus est, vbi filiorũ appellatione nepotes nõ veniunt, qñ inde aliquod grauamen fideicommissi imponendi tam contra filios insurgeret, eo quod essent grauati restituere ipsius nepotibus, quam contra ipsos nepotes: eo quod grauarentur alii restituere. Vt enim huiusmodi grauamen fideicommissi submoueatur, nepotes filiorum appellatione non continentur, vt firmat Paulus Castrensis

conſil.97. ne impraprius,n.3.lib.7. Decius conſil.95.verſ. ſed tamen in caſu. & conſil.218.numer.2.verſicu. vltimo prædicta, & conſil.287.verſicul. non abſtat ſucceſſiue, & conſil.511.numer 6. & 593. numer.5. & Pariſius conſil. 31. numer.15.16. & conſil.86.numer.26. & conſil.87.nu. 23. & conſil.89.num.22.vol.2.Gualdenſ.in tit.de ſubſtit. Caut.4.n.2. Thobias conſil.33.nu.23. Alciatus conſil.2. donationis verba.n.18.lib.8.impreſſ.vlt.Venet. vbi in fideicommiſſo euitando actiue & paſſiue idem concludit. *& Natta, conſil.191. numer.10. Prætis, de interpret. vlt. vol.dub.4.lib.3.fol.1.numer.41.* Ex quo infero, quod ſi quando ex nominatione filiorum fieret extenſio ad nepotes, in damnum, & grauamen alterius, veluti tutoris, cui onus eſt, tutelam ſuſcipere, vt in grauamen & pœnam ipſorum nepotum, nempe quia filiis eſt facta prohibitio, ne alienẽt, vel pœna priuationis eſt impoſita, ſi q d faciant, vel non faciant, tũc vtiq; filiorum appellationa nepotes nõ continerentur, nec nomen filii complectitur nepotis nomen, *l. quid ſi nepotes.ff. de teſtament.tutel. & §.fin. qui dare tute. poſſ. & §. nos igitur & ibi gloſſ. in authent. de reſtitut. fideicommiſſ. Bartol. & alii in l.filiusfamilias §. Diuiff. de legat.1. poſt Ioann. Andr. & Abb.in cap.ad exſtirpandas.num 8.de filiis presbyt. Alex.conſil.142.nu.1.& ſeq.lib.6. & c.36.col.pen.& conſil. 55 in fin.lib.3. Curtius ſenior conſil.46. num.23. Socinus conſil.73. num.24. vol.4. Thobias conſil.33.numer.26. Ruinus conſil.127.col.2. & conſil.130.numer.3.volum.2. Gabriel lib.6. de verbo ſignifi. concluſio.1. nu.79. Ioann. Mar. Riminal.conſil.26.nu.4. Socin.iunior conſil.32. n.9.lib.3.*

15 Sextus † caſus, quando filii nomen cum aliqua qualitate expreſſum eſt, veluti *filius Titii, qui erit Doctor, primogenitus, mercator*, vel *alius habens aliquam qualitatem ſuccedat in mea hereditate.* huiuſmodi enim filii nomine nunquam nepos comprehenditur. Vt late probat Alexand.*conſil.4.n.8. & ſeq.vol. 4. & Ioan. Mar. Rimin.conſil.27.n.4. Prætis, d.ſolut. 1.nu.45.*

16 Septimus † caſus eſt, cum teſtator, in vna parte teſtamenti, prouidet nepotibus, vel de his intelligi forſan volens, nomen liberorum expreſſit, quod proprie continet & nepotes. *d.l. quid ſi nepotes. & d. l.liberorum.* & in alia parte inſtituendo, vel aliter diſponendo, expreſſit nomen filiorum. Tunc enim nomen filiorum, nepotes non continet. *Soci.d.conſ. 73.nu.21. & 22.lib.4. & plures Conſulentes inter conſilia Socini cal.152.colu.2. verſicul. inſuper dubium hoc volu. 1 & conſil.62. numer.10. lib.3. Corneus conſi.290.col.2. & ſeq. lib.4. Socin.iunior, conſil.128. n. 71. vol.1. Gozad. conſil 92.n.16.verſ.4.ex quo Gabriel, d.concluſio.1.num. 81. & 92.*

17 Octauus † caſus eſt. Vbi nomen filii, in teſtamẽto fuerit prolatũ, reſtrictiue ita, *talis filius, qui hoc fecerit*, vel, *ſi quis dictorũ filiorum* Tunc n. reſtrictiones huiuſmodi impediunt, ne filii nomẽ aliquo modo nepotem comprehendat, *tradit Alex.conſi.56.n.6.lib. 5. & conſil.140.nu.3.lib.6. Socin.conſil.62.n.12. & conſil. 140.n.2.lib 3.* Intellige, niſi nomen filii ex tali naſcituri, vel nati, ſit appoſitum ſub cõditione ad excludendum ſubſtitutum, etiamſi adiiciatur, *Si deceſſerit ſine filius ex ſuo corpore natis.* quia etiam nepos continetur: quo relicto ſuperſtite ſi decedat inſtitutus, ſubſtitutus excluditur. *tradunt Angel. & Imol. vlt. notab.in l.L.utius.ff.de hered. inſtit. cum concordatis per Gabrielem d.concluſ.1.n.77. verſ.contrarium.*

Nonus † caſus eſt, quando illi, qui nomine filiorum volunt contineri, vti nepotes, & ſic admitti ad fideicommiſſum, non erant nati, vel concepti, tempore teſtamenti, vel mortis teſtatoris: tũc enim nepotes filiorum nomine comprehendi nõ poſſunt, *per not per gloſſam, & Bartol. in l.ſi cognatis.ff.de rebus dubiis, & in l.placet. ff. de lib. & poſthum. tradit Otta Nicolinus, inter conſil. Socini, conſil.152. column.2. vol.1. & Socinus*, ibi. *& Barbat. & Baptiſta Caual. ſinguli in ſuis ſubſcriptionibus, & plenius idem Socinus conſilio 73.nu.25.vol 4. Decius,conſi.95. verſic.3.principaliter. Ruinus conſil.36.col pen vol.2. tangit Tiraq. de retract. ligna §.1.gloſſ.9.nu.85. & plenius nu.96 Gabriel d.concluſ 1.n.65. & 66.* vbi refert eos, qui tenent contrarium, quando teſtator protulit verba, in futurum euentum. 18

Ego † autem illud verius, & magis receptum eſſe exiſtimo, natiuitatem, ſeu conceptionem illius nepotis, q nomine filii cõprehendi deſiderat, ſolũmodo locum habere, in relicto ſimplici, & pure dato: nõ vero in legato, vel fideicommiſſo conditionali, & aliquem futurum euentum præſtando, quia talis euentus, & conditionis aduenientis, & purificatæ tempore, ſufficit nepotem appellatione filii cõtineri poſſe, etiam natum poſt mortem teſtatoris; quo tempore cedentis diei fideicommiſſi eſſentia, & capacitas fideicommiſſarii requiritur, per text. *in l.cum pater. §. hereditatem filius, in fin. ff.de legat. 2. & l.ſi deportatus. in princip.ff. de legat.3. & in l.cum qui poſt. ff. de cond. & demonſtrat. & ibi gloſſ. & Doctores*, & ſentit gloſſ. magna ad med. *in l.ſi cognatis, ff.de reb. dub.* dum allegat *d.l.ſi deportatis. & d.l.cum qui.* æquiparando ſufficere, fideicommiſſarium eſſe capacem tempore mortis tantum, vel tempore exiſtentis conditionis relicti, & per *l.interuenit.ff. de legat.præſt.* & eſt vulgata deciſio Ioannis Andreæ, *in addition. ad Specula. in Rubr. de teſtament.* aſſerentis, *d.l.ſi cognatis, & l.cum ita, §. fideicommiſſo. ff. de legat. 2.* locum habere in fideicommiſſo ſimplici, & puro, & conditionali, & tempore exiſtentis conditionis ſufficere, fideicommiſſarium habere qualitatem, vel naturalitatis vt filii, nepotis, vel pronepotis, vel ciuilitatis, vt agnati proximioris, ſub qua fuit vocatus, *tradunt Socin. dict. leg ſi cognatis, ſub num.30.verſi.ex quibus infertur, & conſil.10.col.fin. & conſi.16 nu 12.lib 3. Alex.conſil.22.num.3 & conſ. 26.num.4.verſ.& hoc ſit ſemper procedit,lib.3.* vbi in indiuiduo diſpoſitionis ſimpliciter de filiis factæ & collatæ in euentum futurũ, tenet veroſimile eſſe, teſtatorẽ late accepiſſe verbũ, *filius*, quod cõprehendat nepotes eorum patrib. præmortuis, exſtantes in euentũ futurum prædictum. Vt ibi per eum *& conſil. 13. col.2. & Caccialup in ſubſcript ſequent.conſ.14* plures affirmantem, ſufficere eum, qui vult ex ſubſtitutione admitti, eſſe in rerum natura, tẽpore quo cedit dies fideicommiſſi, per d.ſententiã *Ioan. Andr. vt ibi ſit nu.2. idem tradit Crotus, in l.filiusfamilias. §. Diui nu.164.ad fin.ff.de leg.1. Decius conſ.217.ad fin. & conſil.253.col.fin. verſ. nam ſi conditionis, & conſil.299. nu.8.* vbi tenet in nepotibus non natis, nec conceptis tempore mortis teſtatoris, *& Pariſius conſil. 36. numer.9. & 12. & conſil.83.n.13 vol.2. Ruinus*, vbi hanc partem firmat, *conſil.159.nu.15. & conſil.151.in fin.lib.2. & Curtius iunior conſ 111. numer 19. & Socin. iunior conſ. 126. numer.53.vol.1.* Guida Papa *deciſ.511. ad fin.* & alia plura allegat Rolandus a Valle *in conſil.* 19

pra

pro Triuultiis num 40 quod est cons.38.nu.35.vol.4. & hanc esse communem testatur Sim. de Præt. in tract. de interpr. vlt. vol. lib.3. interp.3. dub.4. fol 1. nu. 47. vers. hoc autem verum.

20 Nec † obstat l. Titius, & l. Litem prætor. ff. de suis & legitim. hered. quæ requirunt, volentem succedere esse natum, vel conceptum, tempore mortis eius, de cuius successione agitur, quoniam loquuntur in hereditatibus & acquisitionibus legitimis, vt per Bart. in d. l. Litem prætor, & non in acquisitionib. ex testamento, Fulgos. cons 34. Domina Catherina. col.2. ad fi. vers. nec me mouet. Alex. cons.26. ad fin. vol.3. sequitur Dec. in rub n.3. vers. vlt. prædicta. C. de success. edicto. Rolan. a Valle. cons.70. n.48. vers. superest modo, lib.3. Ruin. d. consil.151 n.5. & cons.158. n.15. Dec. d. cons.217. ad fin. & Ias. cons.159. col. pen. n.3. lib.4. in quibus, inquam, acquisitionibus ex testamento sufficit, vocatos esse in rerũ natura, tempore quo cedit dies relicti, per d. l. cum pater. §. hereditatem suo filius, & d. l. intern:mi.

21 Hoc † autem recipiendum est, in casibus, in quibus alias ipsa legis interpretatio locũ habet, qua filii appellatione n. pos cõtinetur: in his n. sat esse videtur, filium esse natum in vita testatoris patris, vel alterius tertii, cuius filius, in aliqua vltima voluntate ad fideicommissum vocatus reperitur, quemadmodum enim filius iura filiationis post mortem patris retinet, vt dicit Cynus, in l. qui se patris, n.8. C. vnde liberi, ita mors patris impedimento esse non videtur, quin semper dicta legis interpretatio locum habere possit, quod nepos veniat appellatione filii, per d. l. in ista interpret. ff. de verb. sig. cum semper lex sit in viridi obseruãtia, & loqui dicatur l. Arriani. C. de hær. Quãobrem quandocunque nati forent nepotes ex voluntate testatoris facientis mẽtionem de filiis, inuitati & accersiti viderẽtur, per l. Luc. ff. de her. inst. Guido Papa, dec.311. vt nunc dicantur nepotes Titii defuncti (qui iam olim in humanis esse desiit gl. verbo, defuncti, in l. pen. ff. si cert. pet. & ibi Bart. n.1. & Felin. in c. fi. de testib. cog.) sic potius per ius, & nomen filiationis significari, quam per ius agnationis seu cognationis, & etiam per continuationem sanguinis, in nepote, Bald. in l.1. C. de cond. insert.

22 Aduerto autem legis † interpretationem de filio ad nepotem, non tantum in disponentis filio, sed ẽt in filio tertii procedere, vt ad nepotem etiam ipsius tertii, fiat interpr. tex. est clarus & ibi gl. & Dd in l. vxorem. §. concubinæ. ff. de legat. 3. vbi in testamẽto domini nominantis filios villici, & sic alterius, quam disponentis veniunt nepotes. Et idẽ respondet IC. in l. liberorum. § sed & Papyrius. ff. de verb sig. vbi sub hac quæstione de testamento tertii nominãtis filios alterius, ibi subiungitur generalis ratio: Filij n. appellatione sæpe & nepotes accipi multifariam placere. Quare generaliter de testamento etiam tertii, nominãtis filios alterius dicendum est, nepotes quoque cõprehendi, & venire filiorum appellatione, cũ generalis sit legis dispositio arg. tex. in l frandem. in fi. ff de inoff. test. Ex quibus perperam respondisse Socinum coniicitur, in 2 subscriptione post d. consilium Otteuis Nicolini.152. volum.1. cons. Socini ad fi. vbi inquit, se non meminisse, vnquam dubitari de nepote loco filii accipiendo, nisi respectu patris disponentis, & appellantis filium suum, & non filium tertii, vt & pro nepote tertii interpretetur, quod falsum esse constat ex supradictis, & confutat Simon de Præt. d. fol.1. nu.48. ad fin. fol.120. lib.4.

Illud † tamen videtur non omittendum, per d. l. liberorum. §. sed & Papyrius, ff. de verb. sign. constituendam fore regulam negatiuam, sc. filiorum appellatione (submota legis interpretatione) nepotes nõ comprehendi. Ibi n. ICtus assignat rationem, cur in specie a Frontone posita, veniunt nepotes filii nomine, & adiicit, quia sæpe appellatione filii nepotes accipiuntur. Vnde videtur, filii nomine nepotes regulariter non contineri, sed sæpe, id est, in aliquibus casibus. l. sæpe, ff. de verb. sign. Nam filium eum definimus, qui ex viro atque vxore eius nascitur. l. filium ff. de his, qui sunt sui. Probatur etiam ex illo text. verbo, totus, vbi dicit, nomen filii, nepotis & pronepotis, esse nomen singulare cognationis, prouidens vni cognationi tãtum: nomen vero liberorum esse nomen generis omnes de illo genere continens: item aliter filii, aliter nepotes appellantur. l. quod si nepotes. ff. de testa. tut. filii enim ii sunt, ex quibus nepotes oriuntur. l.2. § deinde sextus ff. de orig. iur. is, ex quibus iuribus hanc regulam per illum text. constituit Bar. d. l. liberorum. in princ. Licet postea distinguat, cuius distinctio communiter reiicitur, siue a lege, siue ab homine proferatur, sequitur ibi acto Rebuff. in §. sed & Papyrius. fol. 493.

Limitatur † tamen ac restringitur prædicta regula, nisi ratio pietatis aliud ostendat, vt d. l. liberorum, vers. sed & Papyrius, nam si quis matrem, & filios Titio donet, nepotes continebuntur, ne dura illorum fiat separatio ibi. 23

Non procedit † etiam in casibus a iure expressis, l. filium ff. ad Macedon. ibi: filium habeo & ex eo nepotem, nepoti meo creditum est iussu patris eius, quæsitum est an contra Senatusconsultum fieret? Dixi, etiamsi verbis Senatusconsulti filio continerentur, tamen & in persona nepotis idem seruari debere, idem in l. Senatusconsulto. ff. de ritu nuptia. vbi Senatusconsulto, quo cautum est, ne tutor pupillã vel filio suo, vel sibi nuptui collocet, etiam nepos significatur. & in l. si quis filium. C. de inoffic. testament. vbi patres habere existimantur filios & nepotes paterna affectione & imitatione. 24

Intelligenda † etiam sunt prædicta, quando est eadem ratio, in nepotibus quæ in filiis, tunc nepos filii nomine continetur, si materia vtriusque conuenire possit, l. testis ff. de testibus. l. at si quis. §. plerique. ff. de relig. l.2. § si mater. ff. ad Tertyl. Item quando cõstat de voluntate disponentis, per text. in d. §. sed & Papyrius. ibi: nisi voluntas testatoris aliter se habeat. alias regulariter contra, vt in l. filii. ff. de verb. sign. Dec. cons 95. & pro tenus q.2. 24

Præterea & quæ natura filiis præstanda sunt, eadem & nepotibus deneganda non erunt, vt alimenta, l.1 ff de iust. & iure. l. si quis a liberis. ff. de lib. agnoscen. & in quib. nos docet natura, in his filiorum nomine nepotes continentur, in text. in versicu. præter hoc quoq. Quare in prædictis tantum casibus, nepotes filiorum appellatione contineri asserit Reboffus, in dict. §. sed & Papyrius, regulariter tamen negat, nec in rescriptis, neque in priuilegiis, nec in contractibus, nec in aliis actibus, vt ibi per eum in versicu. præterea. Nec refragatur, inquit, l. filii appellatione omnes liberos intelligimus ff. de verborum significat. quoniam ibi licet intelligantur omnes filii, non tamen nepotes. Sed omnes filii continentur, tam sui iuris quam emancipati, & cuiuscũque sexus sint, siue filii, siue filiæ, l. cognoscere. §. fin. ff. de verb sig. Nec obstat quod Iurecons. dixerit, omnes liberos, quia

noluit idem per idẽ exponere, videlicet filii appellatione omnes filios intelligimus; ſed dixit *omnes liberos*, tam maiores, ſed non alios inferiores: Deinceps & illic Iureconſultus tantum vult oſtendere numero ſingulari filii omnes liberos contineri. Nec vrget *l. iuſta interpretatione ff. de verborum ſign.* quoniam ibi iuſta interpretatione filii nomine venit filia, & nepos videtur comprehendi, ſcilicet in caſibus a iure expreſſis, & ita interpretatur Rebuffus, *d. §. ſed & Papyrius.*

27 Sed † non ita anguſte hæc reſolutio accipiẽda eſt, vt in caſibus dumtaxat per leges expreſſis, filiorum appellatione nepotes comprehendantur, vt optime aduertit Simon de Prætis, *libr. 3. de interpr. vlt. vol. interpr. 3. dubita. 4. ſol. 1. nu. 30. fol. 120. verſ. Ego vero.* Quare multi ſunt alii caſus, quibus deprehendi poteſt, nepotes filiorum appellatione venire, qui ſimiles ſunt caſibus per leges expreſſis, qui etiam ita recipiendi ſunt. arg. text. *in l. non poſſunt, ff. de legib.* Primus caſus eſt, quando filii appellatio habetur in conditione ad excludẽdum ſubſtitutum, veluti ſi adiiciatur, *Si deceſſerit ſine filiis*, etiam, *ex ſuo corpore procreatis*, ſi inſtitutus decedat cum nepote, is quidem venit nomine filiorũ, & excludit ſubſtitutum hac ratione, quia in nepote eſt ſanguinis continuatio, ideo immediate dicitur, quicquid per rerum naturam continuatur, ac vnum idem eſt. *tradit Bald. in l. 1. nu. 3. C. de cond. inſertis, & ibi ſequuntur, & in l. Lucius ff. de hered. inſtit. Curtius iun. conſ. 113. num. 3.* & eſt magis communis opinio, *ſecundum Socinum, conſil. 17. colum. 1. ad fin. volum. 4. & conſ. 249. verſ. ſecundo confirmatur. vol. 2. & Corneus conſ. 97. verſic. & propterea dicunt, vol. 1. Caſtrenſ. conſil. 198. ſuper primo, numer. 2. volum. 2.* dicit communem Simon de Prat. *vbi ſupra num 52.*

Secundus caſus eſt, vbicunque de mente teſtatoris conſtare poteſt: tunc enim nepotes filiorum appellatione comprehenduntur: veluti quando teſtator inſtituendo, ſubſtituendo, vel aliter diſponendo, nominat filios & filias, & vrget æqua caritas, & ſanguinis neceſſitudo, erga vocatos, tã teſtãtis, quã fideicommiſſariorum vel legatariorum, nihil enim intereſt ſint filii vel nepotes, vt actus valeat, & extranei propter agnationem, & ſic minus dilectus, magis dilecto præferatur, & abſurdum euitetur, *tradit Corneus conſ. 207. vol. ... Io. ann. Mor. R...m. conſ. 117. col. fi. Ang. Aret. in §. fi. ver. ... prim. quia Inſtit. qui dari tutor. in teſtam. poſſ. Bald. conſ. 415. v. ſo. ... Boz... nu. lib. 4. Alex. conſ. 9. n. 4. & 5. vol. 1. & c..., 5. num. 3. vol. 5. Pariſ. conſ. 52. nu. 25. & 26. vol. 2. Gozad. conſ. 4. num. 13. Gabr. lib. 6. commun. opin. de verb. ſig. concluſ. 1. nu. 32. 34. 42. Aymon. conſ. 155. n. 3. & 8.* In cauſa enim teſtamentorum non ſemper verborum definitionibus ſtandum eſt, quia abuſiue plerunque loquũtur, nec propriis nominib. ac vocabulis, ſemper vtuntur. *tex. in l. non aliter §. 1. ff. de leg. 3.* Vnde appellatio filii, reſpectu naturæ prolati, prout in dubio plerunque prolatus præſumitur, continet nepotem ex proprietate tributa a lege, vt ſequendo Iacob. pro bat Bald. *in l. maximũ, n. 7. C. de liber. præter. Capol. conſ. ciuil. 7. n. 2. verſ. item quia,* & tradit Rebuff. *in l. iuſta interpr. pag. 883. ad fin.*

28 Tertius caſus eſt, † quando teſtator de filiis mentionem faciendo, diſpoſitionem ſuam in aliquem futurum euentum extenderit, qui in nepotib. ſicut in filiis verificari poteſt: verbaque de filiis ipſis protulerit in futurum, de naſciturisfiliis, veluti *Inſtituo Petrum, & poſt eius mortem filios natos & naſcituros.* Cum enim poſt mortẽ Petri ita poſſint extare nepotes, & ad eos par affectio teſtatoris, veroſimiliſq; intentio directa appareat, euentu ipſo verificato, & conditione exiſtente, in quam diſpoſitio teſtantis collata eſt, nepotes, qui tunc reperiuntur extare vtique filiorum appellatione veniũt, *l. Lucius ff. de hered. inſt. quã ita intelligẽdo tradit Imol. in l. Gall. § et ſi ... ff. de lib. & poſth. verſ. vel poteſt dicere,* & ibi Iaſ. poſt Alex. verſ. *tener do iſtã partẽ,* teſtatur hanc opinionẽ eſſe communem, & eam tenet Alex. *conſ. 5. n. 4. vol. 3. & conſ. 37. n. 15. lib. 6.* vbi loquitur de filiis penitus extraneis, & præmortuis, quod eiuſdem extranei nepotes ad ſubſtitutionem admittantur. *& Soc. conſil. 43. verſ. nam licet quatenus, lib. 3. Dec. conſ. 299. col. pen. n. 8. Ruin. conſ. 101. nu. 9. & conſ. 154. n. 4. lib. 2. Curt. iun. conſ. 139. n. 22. Pariſ. conſ. 52. n. 22. lib. 3. Goz. conſ. 4. n. 13. Soc. iun. conſ. 125. n. 35. vol. 1. Ceph. conſ. 107. n. 15. Alciat. conſ. 8. n. 3. vol. 9. Simon de Prat. d. lib. 3. interpr. 3. dubit. 4. ſol. 1. n. 57.* Vbi id aſſerit fortius procedere, quãdo heredum eſt facta mentio.

29 Quartus caſus † eſt, vbi teſtator diſponendo oſtendit, ſe velle bona ſua, in agnatione ſeu familia conſeruare: hoc enim caſu nepotes filiorum appellatione contineri tradit Iaſ. *conſ. 52. lib. 3. Pariſ. conſil. 75. col. fi. & conſ. 78. n. 10. lib. 2. & conſ. 52. n. 20. lib. 3. Curt. iun. conſ. 111. n. 5.* vbi ex volũtate teſtatoris id fieri colligunt, *ex tex. d. l. liberorum §. ſed & Papyrius, vt generale eſt teſtatoris voluntatem totum facere, l. ex facto proponebatur. §. rerum ff. de hered. inſt. l. ſi mihi & tibi in fin. ff. de legat. 1.*

30 Quintus † caſus eſt, quo nomine filii, venit filia, & ſic maſculinum concipit fœmininum, ita venit & nepos, vt æquiparando determinat *d. l. iuſta interpretatione*, a qua regula excipitur caſus dationis tutoris, qui etſi datus filiis, cenſeatur quoque filiæ datus, *l. ſi quis ita, in prin ff de teſt. tut.* non tamen dicitur datus nepoti, *l. quid ſi nepotes ff. eod.* diuerſitatis rationẽ aſſignat Bart. *in d. l. liberorum, col. 3. & Simon de Prat. conſ. 56. nu. 15. vol. 1. & Corn. conſ. 207. verſ. nec obſtant adducta, lib. 2.*

31 Sextus † caſus eſt, quando teſtator, inſtituendo, relinquendo, vocando prouidet filiis, & pro eis fauorabilia facit & diſponit: in hoc enim caſu cõcors, & recepta eſt omnium ferè ſententia, & communis opinio appellatione filiorum nepotes contineri, *per d. l. Lucius ff. de hered. inſtit. & d. l. iuſta interpretatione, tenent Bart. in d. l. liberorum. n. 5. ff. de verb. ſign. Alex. conſ. 20. n. 6. & 7. lib. 3. & Iaſ. iſſime conſ. 37. nu. 12. & ſeq. ad fi. lib. 6. Ange. Aret. in tract. de teſt. gl. 89. nu. 5. Socin. ſe. conſ. 18. col. 1. vol. 4. Inf. conſ. 52. col. 3. vol. 3. Pariſ. conſ. 52. nu. 24. & conſ. 63. n. 27. vol. 2. Socin. conſ. 14. col. 1. vol. 1. & conſ. 249. col. 1. lib. 2. Curt. iun. conſ. 113. n. 2. & conſ. 116. n. 13. Beroius conſ. 12. n. 10. vol. 2. Soc. iun. conſ. 125. n. 25. vol. 1.* qui auctores licet in prædictis locis aſſerant, hoc maxime procedere in teſtamentis aſcendentium, tamen idem affirmant, in teſtamentis transuerſalium & extraneorum, prout loquitur text. *in d. l. Lucius. & tradit Paul. Pariſ. conſ. 65. nu. 65. vol. 2. Natta conſ. 602. n. 12. & 13. & tradit Simon de Prat. conſ. 65. n. 9. vol. 1. & in tract. de interpr. vlt. vol. lib. 3. dub. 3. ſol. 1. nu. 54. fol. 120. verſo.* & ſic in teſtamento extranei, & non aſcendentis loquitur tex. *in l. vxorem, §. concubina. ff.*

de leg.

ascendentis loquitur text. *in l. uxorem, §. Concubina. ff. de legat. 3.* Etsi enim per omnes passim, & gl. ibi exponatur, nepotem filiorũ vocabulo contineri, causa pietatis, ne dura separatio fiat nepotum a parentibus, cum tamen ibi de hoc nullum verbum in ipso tex. Ex. sl. mo ipsius ICti, veriorem & propriorẽ intellectum esse, non ob ius aliquod proximitatis mãcipiorum, sed propter verborũ latiorem interpretationem faciendam in testamentis, per *l. in test. ff. de reg. iur.* sicuti dicitur *in l. qui concubinam, in prin. ff. de leg. 3.* ibi: *Labeo non probat, quia in eiusmodi legato, non ius uxorium sequendum, sed verborum interpretatio esse facienda: idemq; vel in filia, vel in qualibet alia persona iuris* [illegible] ea tex. *in d. §. Concubina.* continenti legatum, villici, & contubernalis, & filiorum, largius interpretando, venire nepotes, respondet, ibi: *Fundum in Appia, cum villico suo & contubernali eius, & filiis* [illegible] *Quaesitum est, an nepotes quoq; villici, & contubernalis eius, testator ad concubinam pertinere voluit? Respondi mihi proponi, cur non deberentur.* Propositam autem interpretationem, non suadet ius aliquod pietatis, mancipiorum legatorum, sed verborum interpretatio ipsa sit facienda, *ar. d. l. qui concubinam, in prin. per tex. in d. §. sed & Papyrius, & d. l. in test. interpret.*

33 Licet † autem sub nomine filiorum, ex iusta interpretatione legis ad fideicomissum nepotes quãdoq; vocetur, quoniam & ii proprie sunt filii filiorum vel filiarum. *l. 3. in fi. & l. I. C. §. nepotes de grad. affinit.* & tales sint intelligendi, cum nepotes expressi nominatim in testamentis reperiuntur. Tamẽ frequentius quoque ex communi & notorio vsu loquẽdi nepotes, q non ex filiis vel filiab. sed ex fratrib. & sororib. nati sunt, ad institutiones, substitutiones, legata & fideicomissa in testamentis relicta admittentur, cũ sic vocati inueniuntur. *vt post Bal. Salycet. Castr. & Alex. firmat Decius in l. 2. nu. 2. C. de success. edict. & Franc. in c. 1. vers. in gl. de testa. in 6 Fulgos. cons. 68. Matth. n. 4. Aret. cons. 37. vers. venio ad tertiũ,* vbi inquit quod filius fratris hodie per abusionẽ vocabuli dicitur nepos, *Curt. sen. cons. 29. vers. successiue contingit.* Vbi idem esse de communi vsu, & more Hisp. *& Corn. cons. 140. versic. posset etiam attentari. vol. 2. Ias. cons. 228. vers. ad praedicta lib. 2. Alex. cons. 49. n. 8. & 9. vol. 1. & Crem. sing. 91. Simon de Pratis. vbi sup. n. 37. fol. 121.* Sed iam reuertamur ad id, quod supra. *n. 9.* incepimus.

34 Illud autem † aduerto in casu legis nostrae, in qua est filiorũ facta mẽtio, in num. singulari, sc. *Pera hũ filho daneràbos,* eam dispositionẽ per numerũ singularem conceptam, nepotes excludere, vt notabiliter obseruauit Bal. *lib. 4. cons. 186. Alex. lib. 1. cons. 9. Corn. cons. 207. vol. 2. Goz. cons. 59. col. 2.* qui firmant, tũc demum filiorum appellatione nepotes contineri, qñ per numerũ pluralem, non sic, quando per numerũ singularem filiorum facta est mentio. Quamobrem in casu huius ordinationis, in qua fuit facta concessio, pro vno mariti, & vxoris filio nominando, vtriq; resoluendum erat, nepotem nominari non posse: Quod plane probat Bar. *in l. liberorum n. 8. ff. de verb. signif. & Alex. in l. sed si liberos, ff. de in ius voc. n. 2.* & in specie Pinell. *in l. 1. C. de bon. maternis. 1. p. nu. 69.* vtiliter obseruauit, eligendi potestatem inter filios concessam, ad nepotes non extendi, ex auctoritate Romani *cons. 438. ad fin. per tex. in l. cum pater. §. hered. ff. de legat. 2.* ibi: *De aliis eligendi potestas non fuit,* vbi Albe. ita intellexit, & Socin. *in l. Gall. §. instituens, ad fi. ff. de lib. & posthu. & ibi Ias. nu. 23. Costa in tract. de regni success. pag. 29.*

Sed praedictis † non obstantibus, contrarium palã lex nostra Regia, in hoc §. 6. sanxit, ibi: *E nano tẽdo filhos poder a nomear hum neto, ou neta,* nepotẽ vel neptem nominari posse: dummodo non adsit filius. 35
In quo mehercule a iuris reg. recedere videtur, idq; passim pragmatici nostri probant. Quorum sententiam Pinell. noster euertere non dubitauit, *in l. 1. C. de bon. ma. 1. p. n. 71.* vbi opinatur hanc Ordinationẽ, amplexam fuisse Socini doctrinam, *in l. Gall. §. instituens. sub n. fi. ff. de lib. & posth.* atque et Decii *cons. 1. ad fi.* q postquã *nu. 3.* adnotauit, filiorũ appellatione nepotes non cõtineri, ad finẽ subdit. *q vbi filius exstat, ille tantũ videtur vocatus, adeo vt isto casu filiorũ appellatione nepotes non contineantur.* sequitur Alc. *in l. iusta n. 3. & in l. liber. n. 28 ff. de verb. sig.* iuxta quorũ doctrinã hãc l. nostrã pcedere cẽset, negãs nepotẽ exstãte filio nominari posse, eo aũt nõ exstãte recte nepotẽ, secundũ iuris regulas nominari posse, q ille aequius putat, & rigore plenũ q Alex. in contrariũ scripsit. *in l. sed si hac §. liberos. ff. de in ius vocando. num. 2.*

Sed † parcant mihi Manes viri doctissimi, atque praeceptoris olim mei, in florentissima Salmanticẽsi academia: nisi me suscepti muneris officiũ necessitasque eo compelleret, non auderem certe tanti viri traditionem carpere: q̃ citra veritatis periodum [illegible] qui non possum. cum nihil aliud Pinell. pbet, quã falsam esse receptissimam supra scriptã sententiam, q̃ habet, concessionẽ emphyteuticam p filius factam nepotes non comprehendere, quia in contractibus emphyteuticis & simil. b. filiorum nomine nepotes non continentur, *vt in d. §. liber. nu. 2. Alex. resoluit.* Quae doctrina placere minime potest, dũ animaduerto Socinum, *in d. §. instituens. n. 4.* vtiliter conatũ fuisse explicare, an & quando in dispositione testamentaria filiorum appellatione, nepotes contineantur. Ad cuius rei declarationem affirmatiuam regulam constituit, quod contineantur *per l. Lucius 85. ff. de hered. inst. Bar. d. l. liberorum ff. de verb. sig. Corneus in consiliis, aliisdem ab additore Socini citatis.* Fit n. in testamentis regulariter lata interpretatio. *l. in testamentis ff. de reg. iur. c. cum dilecti. de donat.* Qua ratione cessante, si subiecta materia, fauorabilis nõ sit, sed magis onus cõtineat, qualis est tutelae datio, verborum proprietati standũ est, & consequenter tutor filiis datus nepotibus datus non censetur. *l. quod si nepotes, 6 ff. de test. tute. & ibi tradũt Dd. & Dec. cons. 95. n. 5. Cassan. cons. 52. vers. secundo. n. 1 Goza. cons. 4. n. 2. & 13 & cons. 36. col. 1. & 2. & cons. 59 n. 12. Connanus, lib. 1. comment. iuris ciuil. c. 1. col. 6. ad fi.* Hoc praemisso Socin. *n. fi.* aggreditur contentionem inter Imol. & Roma. exortam circa sensum *d. l. Lucius.* vbi defunctus fratrem instituit heredem, & eo sine filio, filiaue decedente, substituit Titium. Contingit deinde nepote superstite tantum fratrem decessisse: & submoto iam substitutum, Iureconsultus in fine, respondit, ea nempe, secundum communem rationẽ, ne videatur extraneum suae agnationi praetulisse, ex regula *l. cum acutissimi. C. de fideicomm. & l. cum auus. ff. de cond. & demon.* Imola ibi intellexit, id responsum a ICto fuisse, quia dispositio fuit collata, in tempus futurum, si sine filiis frater decessisset, contrarium responsurum, si dispositio fuisset de praesenti. Quod Romano non placuit, *cons. 438. dubio pri.* per textum 36

in l. cum pater. §. hereditatem. ff. de legat. 2. vbi in tẽpus futurum fuit collata diſpoſitio, & reſpondit IC. de nepotibus, datam non eſſe electionem, quaſi non contentis, aut comprehenſis ſub filiorum nomine. Cui Romani argumento, Imolam defendens Socinus dupliciter reſpondere conatur. Primo *in d. §. hereditatem*, non fuiſſe ſimpliciter conceſſam eligendi poteſtatem, votum de filiis, ſed magis de filiis ſuis, in qua ſpecie videntur excluſi nepotes, qui licet abſolute loquendo ſint filii, eius, qui fuit grauatus, ſeu cui fuit eligendi data poteſtas. Et propterea, *in d. §. hereditatem*, recte IC. ait, nepotibus non fuiſſe conceſſam eligendi poteſtatem. Cuius contrarium obtinet, in caſu *d. §. hered.* vbi heres fuit grauatus, vni de filiis reſtituere, vel aliter: & ſecundo, *in d. §. hered.* exſtabant filii & nepotes. Quare etſi cõcedamus etiam de nepotibus, fuiſſe cõceſſam electionem, quia tamen in filiis primum gradum obtinẽtibus poteſt diſpoſitio verificari, ceſſat nepotum electio, quia diſpoſitio debet in proprio verborum ſenſu adimpleri, & in potiori ſignificato quoad fieri poteſt. Et hoc eſt quidem quod Decius *d. conſ. 1. ad fin.* voluit, ceſſare interpretatiuum ſenſum, qui verificatur in nepote, quando adeſt filius, cuius præſentia ex ratione præſcripta excludit nepotem, qui extenſiue & improprie, dicitur filiorum appellatione continetur. Hæc controuerſia inter Roman. & Imolam lectur optime, ſolum procedit in diſpoſitione teſtamentaria, in qua, vt prędiximus, filiorum nomine nepotes continentur, niſi materia ſubiecta contrarium deſideret, quo caſu omnis ceſſat ambiguitas. Quãobrem non video, qualiter quod Socinus & Decius tradunt, Ordinationi noſtræ adaptari valeat, quæ loquitur in contractu emphyteutico, in quo ſiue adſit filius, ſiue non, nepos nominari non poteſt, quia ex verborum proprietate, & concedentis intentione, qui pro filiis tantum, non pro nepotibus emphyteuſin conceſſit, ſemper manſit excluſus, vt Doctores communiter in prædictis locis reſoluũt, firmantes emphyteuſin conceſſam pro filiis nepotibus eſſe denegandam, cuius contrarium lex hæc regia in *hoc §. 6.* probat, contra communes noſtrorũ traditiones.

37 Imo † ſi bene conſideras, in fortioribus terminis lex noſtra regia loquitur, nempe quando emphyteuſis non fuit ſimpliciter conceſſa, ꝓ vno filio nominãdo, quo caſu communis reſolutio probat, nominari nepotem non poſſe, ſed magis, qñ fuit data pro filio vtriuſque per illum terminum complexiuum, *Danterambos*, qui requirit filium nominatum, fore ex ipſis emphyteutis procreatum & natum, nõ ex alio homine, qualis eſt nepos natus ex filio & nuru, vt nominatim probat Socin. *in d. l. Gall. §. inſtituens, n. fin. in 1. reſp. ad arg. Romani*, intelligens, ideo in caſu *l. cum pater. §. hered.* negari nominandi facultatẽ inter nepotes, quia grauatus fuerat heres, vni de filiis ſuis rem dare. Intellexit n. Socin. dictionem, *Suus* cauſſam immediatam ſignificare: & propterea nepotes excludere: quod multo fortius concedẽdum eſt, vbi emphyteuſis fuit pro filio vtriuſque emphyteutæ conceſſa, vt in caſu huius §. 6. contingit. Aduerto tamen, eleganter ICtũ *in d. §. hereditatem*, non probare, abſolute nepotes nominari non poſſe, in ea ſpecie, in qua filiis ſuis, ſeu vni de filiis ſuis, fuit heres grauatus dare: ſed magis exſtantibus filiis, nepotem eligi non poſſe. In quo ille tex. eſt ſingularis, & notabilis, quod & noſtra lex Regia in hoc §. 6. obſeruauit, ibi: *E non tendo filhos, podera nomear hum neto.* Ergo ſi habuerit filios, nominare nepotem nõ poterit, & hoc iure vtimur.

Verum quod † ſupra *nu. 4.* diximus, terminum illum, *Dantrambos*, nepotem excludere ex auctoritate Bartoli *conſ. 113.* ſine difficultate non procedit: Etenim compluribus contraria placuit ſententia, imo quod conceſſio pro marito & vxore, & amborum filiis nõ excludit nepotes, vt notabiliter reſoluit Ruin *lib. 3. conſ. 63. ſub n. 5.* intelligẽs illam dictionem, *amborum*, appoſitam eſſe ad excluſionẽ filiorũ alterius coniugii, non autem nepotum procedentium a communi filio: Quæ notabilis eſt doctrina ad id, quod diximus, nominari non poſſe ad emphyteuſin, de qua hic, filium natum ex ſecundo matrimonio. Non enim diuerſa mihi videtur eſſe cõceſſio emphyteutica, facta marito & vxori pro eis, & amborum filiis, cuius d. conſ. Ruin. meminit, ab hac qua conceſſa eſt emphyteuſis, *Para hum filho dantrambos.* Vtraque enim ſecũdum rectum, & verum ſenſum, exigit, quod filius nominãdus ſit communis, ab vtroque emphyteuta nominatus. Quamobtem ſi materia hæc emphyteutica, filiorum appellatione nepotes comprehendi poſſe pateretur, vtiq; illa dictio, *Damambros*, non impediret, nepotes comprehendi, non obſtante argumento & ratione Bar. *d. conſ. 133.* deducto a dictione, *ex*, ſeu, *de*, quæ denotat cauſſam propinquam & immediatam, & conſequenter, quod filius nominandus ſit natus ex ipſiſmet emphyteuticis, quibus eſt emphyteuſis cõceſſa, non ex aliis, qualis eſt nepos ex filio. Etenim dictio illa, *Ex*, aliquando demonſtrat cauſſam remotam & mediatam, *vt habetur in l. 1. C. de cond. inſert. vbi Bald* & alii notant & probant Iac. de Sa, *in l. q. maior. pag. 107. in prin.* Cynus & alii, *in l. hac edictali. q. 6. C. de ſecund. nupt.* Ripa *in rub. illius tit. n. 7. & 8.* reſoluẽs, non minus nepotibus, quam filiis primi matrimonii, lucra prioris coniugii fore præſeruanda, Ruinũ *d. conſ. 63.* ſequitur Phanut. *de lucro dotis, pag. 231 n. 28.* quamuis videatur repugnare Dec. *conſ. 253. col. fin.*

Quo † argumento proculdubio idem eſt reſoluendum, in conceſſione facta filiis ex eo matrimonio natis, vel ex ſe natis, aut *ex corpore veſtro procreatis.* Harum enim conceſſionum & illarum, *pro filiis amborum*, ſeu *vtriuſq;* æqualis, non diuerſa videtur eſſe ratio, & iuris diſpoſitio, neque quempiam reperio inter eas differentiam conſtituiſſe. Non me tamen latet, aliquibus placuiſſe, nepotem ex filio, in hiſce conceſſionibus comprehendi, ex filia vero minime: quare aliquid amplius addere operæ pretium duximus. Bartolus igitur *d. ca. 133.* dubium examinat, *an neptis ex filio excludat maritum, ſtante ſtatuto, quod ille nullam, vel minimam dotis partem cõſequatur, vbi exſtabant filii ex eo matrimonio nati.* Et dubitat, ſubmoueri poſſe maritum, vbi nepotes tantum ſupererunt, perpendens dictionem, *ex*, quę cauſſam denotat immediatam, *l. 1. §. ex incendio ff. de incen. ruin. naufr.* quo etiam argumento nititur Ang. *in auth. de trien. & ſemiſ. §. nec ille, & Corn. conſ. 199. vol. 2. n. 34.* Sed contrarium omnes probant, *in l. 1. C. de condit. inſert.* vbi ita reſoluunt Baldus, Paul. Corneus & Salycet. *in auth. §. ſi quis. C. de ſecundis nuptiis. Baldus in cap. 1. §. filia de ſucceſſor. feuds. Calder. conſil. 13. & Ruynus d. l. lib. 3. conſil. 63. Romanus 148. Paulus 410.* pluresque alii, quorum ad id meminit Phanutius *lib. de* 39

lucro

lucro dot.pag.232.n.30.& est tex. expressus secundum communem sensum, in l. Lucius, 85 ff. de hered. instit. Vbi ego fratrem heredem scripsi,& his verbis Sempronium substitui: Si frater meus antequam meam hereditatem adierit, mortuus, aut filium, filiamue ex se natum non habebit, Sempronius heres esto. Interrogatus fuit Sceuola, an Sempronio substituto, solus filius, aut filia ex fratre natus suppl. immentum faceret, & aditum substitutis praecluderet, an vero nepos, & deinceps? Et respondit non fratrem solum heredem, defunctum praetulisse, sed etiam eius liberos, & consequenter nepotes ceterosque descendentes, quos liberorum appellatione contineri iusta legis interpretatione decretum est, l. liberorum, 220 ff. de verborum signification. & l. iusta, ff. eodem, & habetur in leg. quod si. 6. ff. de test. tut.

39 Vnde interpretes † nostri illius legis argumento passim probant, substitutum vocatum sub ea conditione, si heres decesserit sine filiis ex se, siue ex suo corpore natis, repelli, ac submoueri. extante aliquo nepote, vt tradit Socinus, lib. 4. consil. 50. num. 10 vers. quoniam. Bertrand. late lib. 1. cons. 22. num. 24. & lib. 2. consil. 96. Bartol. dict. leg. liberorum, num. 18. versicul. quare, quid si vir aliqua. Concordat Alexan. in l. ex facto, §. si quis ita ff. ad Trebell. num. 4. pro quibus addo bonum text. in cap. 1. de eo, qui sibi, vel hered. sibi. ex eo procreatis, & ibi Bald. concordat Socin. consil. 17. num. 2. libr. 4. & Curtius iunior consil. 113. num. 3. & consil. 135. num. 4. & Cassaneus cons. 53. num. 7. & 8. Ex quibus sine dubio, si quo iure defendi potest, in cõtractu emphyteutico filiorum appellatione nepotes contineri, & consequenter ad emphyteusin concessam pro vno ex filiis posse nominari nepotem, defendi sane huius legis dispositio potest, quatenus id probat obseruandum, etiam in concessione pro filio vtriusq; per illum terminum complexiuũ. Dantrambos, non obstante argumento Bartoli, & aliorum deducto ex dictione illa ex, quæ quandoque caussam remotam indicat, vt supra diximus.

40 Imo † etsi concedamus, dictionem illam ex, caussam proximam & immediatam exigere, & demonstrare, non proinde sequitur, in concessione facta pro filio amborum, vtriusque, seu ex suis corporib. natis filiis, fuisse exclusum nepotem, qui nõminus, quam filius dicitur ex auo, seu ex eius corpore natus propter sanguinis nempe continuationem. Immediatum enim est, quicquid per rerum naturam continuatur, & vnum sit, vt explicat Capra. consil. 22. post Bald. in l. 1. C. de condit. insert. Bertrand. lib. 1. consil. 25. Alciat. in l. liberorum. ff. de verbor. significat. in fin. & in l. non est sine liberis, ff. eodem. Socin. cons. 17. volum. 2. tradit Bald. in cap. 1. de eo, qui sibi & hered. suis. column. 2. & Carol. Molin. Paris. in consil. 50. nume. 33. Lusitanus Dodacus a Sa, in tract. de maior. pag. 107. sub num. 44 & ante num. 54. Vbi plures refert, & Phanutius de lucro dot. pag. 235. post num. 31. quibus addo Cassaneum consil. 53. num. 1. versicul. secundo. Paris. lib. 2. consil. 18. num 60 & 65. & Carol. in consuetu. Paris. §. 2. gloss. 1. num. 2. Ripa in leg. ex facto. §. fin. nume. 5. & 6. ad Trebellian. & Boerium. quæstio. 155. nume. 2 Tiraquell. plures more solito referentem in tract. de primogen. quæstio. 40. numer. 30. & Corneum libr. 1. consil. 92. ut. S. cum sequent.

Addo † etiam supra scriptam traditionem proce-
41 dere, etiam si sint vocati filii ex proprio corpore nati, vt tradit Rom. cons. 146. Bertr. cons. 23. lib. 1. & consil. 96. vol. 2. Alciat. in l. liberorum, ff. de verb. sig. in fi. Phan. de lucro dot. pag. 235. n. 31. vers. & hac resolutio: licet cõtradicat Guid. Pap. q 352 quem videtur probare Ripa in l. ex facto, §. fin. n. 5. ff. ad Treb. & lib. 2 resp. 26. nu. 20 sub tit. de rescript.

Infero etiam, † supra scripta non solum procede- 42
re in nepote nato ex filio masculo, verum etiam ex filia fœmina, quoniam & is proprie ex auo dicitur natus, & ab eo procedens, vt notabiliter resoluit Corneus. libr. 3. cons. 51. col. 2. & 4. & cons. 233. col. 3. & lib. 4. Vbi hanc testatur esse communem scribentiũ sententiam. Concordat Romanus, cons. 148. & Soci. lib. 1. cons. 26. colum. 2. Curt. sen cons. 44. ante nu. 19. cum seq. alter Curtius de feud. 3. part. num. 26 fol. 230. Ripa in l. ex facto. § fin. num. 7 ff. ad Trebell. qui hanc testatur communem, & Parisius lib. 2. cons. 18. num 21. & post Roman. Dec. cons. 353 ante nu. 5. & Roland. d. q. 56. cuius meminit hãc defendens sententiam Phanutius de lucro dotis. pag. 271. n. 31. quamuis contradicãt Bart. cons. 233. Bal. cons. 205. lib. 1. ex eo, quia natus ex fœmina patri non matri attribuitur: sequuntur enim filii patrem, l. cum in potestate, cum l. seq. ff. de his, qui sunt sui. § fin. Inst. de patr. potest. qua ratione aui paterni familiam sequuntur, & non maternam. Ideoque licet supra scripta sint vera, applicari nepoti ex filia non possunt, quoniam mulier in generatione non habet partem, vt Bald. d. consil. ex Medicorum & Philosophorum auctoritate probat. Habet enim se fœmina in generatione, ad instar terræ semen recipientis a masculo, qui illud confouet, ac nutrit, donec homo in membra, corpusque animatum coalescat. Quare interpretes nostri firmant, in fœmina familiam finiri, quamuis in ea alia incipiat, nẽpe mariti, vt habetur in l. pronuntiatio, ff. familia, ff. de verb. sign. Ripa in d. l. ex facto, §. fin. nu. 17. Quæ etsi Bartolum & Baldum mouerint argumenta, mouere tamen ceteros scribentes non potuerunt, vt optime tradit Phanutius d. loco, docens falsum esse, quod Bartolus & Baldus præsupponunt, nepotem ex filia non procedere ex corpore & sanguine aui materni. Vt obseruarunt Paulus, consil. 313. col. 2. 5. d. & Corneus d. cons. 233. num. 6. lib. 4. & cons. 51. num. 2. lib 3. Etenim ad generationis opificium, tanquam omnino necessarios & cooperantes, & mutuam operam exhibentes masculum & fœminam Deus Opti. Max. vniuersi conditor creauit, §. neque vllo in authen. de triente & semisse. Quare pater dicitur generans, & mater genetrix, quasi agens, & simul generans. Vnde illud sacri eloquii, Beata steri ei, quæ non genuerunt, & tertio regum Commota sunt viscera eius super filio suo. Quo argumento filius dicitur pars viscerum matris, Baldus in leg. alimenta, ff. de nego. gest. Anan. consilio 145. colum. fin. alioquin nisi admittamus, filium a matre carnem habere, vniuersam illam humani sanguinis coniunctionem & continuationem ab ascendentibus successiue, in descendentes propagatam conuellemus, ac labefactabimus, cum etiam descendentes ex masculis, etiam ex corpore aui materni procedere dicantur, vt Phanutius dict. loco probat.

Qui † addit elegãter, in materia ex eo interpretes 43
nostros fœminis, non minus quã masculis, emphyteusin in tertiam generationem tribuere, & consequenter concessionem illis factam in tertiam generationem valere. Citat Imolam consil. 62. Paulum, & Corneum in consiliis iam relatis. Decium consil. 125.

Curt. de feudis, 3. part. q. 26. Et eſt ad hoc bonus text. *in d. l. 1. C. de condit. inſer.* Vbi de nepote ex filia nato fit mentio, *& in l. Lucius, 2. ff. de her. inſt.* Vbi fuit appoſita cõditio. *ſi filium filiam ve non habebit ex ſe natum,* & nihilominus reſpondet IC. nepotem ex filia ſufficere ad excluſionem ſubſtituti. Vides itaque, quã facile defendi poſſit, id quod diximus, terminũ illũ, *Dantrãbus*, non nocere nepotibus, quominus nominari queãt, ad huiuſmodi emphyteuſin, pro vno ex filiis a ſe natis, ſeu amborum, aut ex corpore ſuo, ſi modo probare poſſimus, ad emphyteuſin pro filio conceſſam etiã nepotem vocatum videri. Quod vtique in contractibus, in quibus verba ſunt ſtricte intelligenda, admitti non poteſt, ex auctoritatibus iam adductis, cum quibus non tranſit Alciat. *d. l. liberorum. ff. de verb. ſign. col. fin. in prin.* pluſquam fragili, ni fallor, argumento, nixus. Ait enim, emphyteuſin pro heredibus conceſſam legari recte poſſe, & ſic in particularem ſucceſſorem transferri, qui in proprio heres dici poteſt. Ergo inquit, poterit pro ſuo conceſſa, nepoti tradi, licet in eo aliquantulum improprientur verba, quoniam, *vt diximus in tracta. de nom. emph. quaeſt. 24. num. 5.* ea reſolutio dubia maxime eſt, & in ſola prophana, non Eccleſiaſtica emphyteuſi admitti poteſt, & ſimiliter lex iſta, *in hoc §. 6.* etiam in Eccleſiaſtica reſtringenda eſt, *vt infra dicemus.*

45 Vlterius † quod interpretes noſtri, ex *d. l. Lucius, 2 ff. de here. inſtit.* deducunt, appellatione filiorum, nepotes ex veroſimili diſponentis voluntate contineri, ne ſuis extraneos præferre videatur, vtique eo magis ſingulare eſt, & notabile, quoniam ibi teſtator fuit vſus numero ſingulari, *ſi filium*, inquit, *aut filiam non habuerit*, & nihilominus Iureconſult. *in fin.* ex ratione præſcripta probat, incluſum fuiſſe nepotem, in quo offenditur, & plane læditur eorũ traditio, quorum ſupra, *num. 34.* meminimus, reſoluentium tunc demum contineri poſſe nepotes, quã filiorum, in numero plurali facta eſt mentio. Quãobrem communis ſenſus, *ad d. l. Lucius,* in diſcrimẽ adducitur, & ſuſpicione non caret, communiſque ſcribentium ratio conuellitur: quatenus, intelligũt in ea ſpecie nepotes includi, ne videatur defunctus extraneum ſubſtitutum ſuis agnatis præferre: in quo ſane præſupponunt contrarium fore reſoluẽdum, vbi extraneum heredem defunctus inſtituiſſet, quod Socinus *in l. gallus, ante nu. fin.* non probat, quoniam prædicta ratio etiam in extraneo militat. Quamobrem non deſunt, qui negent Iureconſultum, *in d. l. Lucius,* minime probare, quod præcitati noſtri interpretes aſſerunt, filiorum appellatione nepotes contineri. Vt eſt videre per Boerium, *q. 155. nu. 2. in fin.* referentem Baldum, *conſ. 86. & 262. lib. 4.* qui verbum *liberos*, de quo in fin. *d. l. Lucius*, coſtringendum intellexit, ad liberos primigradus, ne quo modo vlteriores comprehendat. Concordat Bald. & Corneus, quos refert Decius, *conſ. 95. ante num. 6. verſ. non obſtant allegata,* quem vide *a nu. 5.* late probantem nepotes filiorum appellatione non contineri, præſertim in materia ſtricta & oneroſa, de qua etiam re agit Encrardus, *conſ. 142.* negans prohibitionem de non alienando nocere nepotibus, de quo etiam meminit Decius *d. conſ. 95. n. 5.* Quapropter ſine dubio prædicta traditio ſcribentium neceſſario ad materiam fauorabilem reſtringenda eſt, quæ latã patiatur interpretationem ex Bart. *in d. l. liberorum, n. 18. ff. de verb. ſign. & ibi additio Iaſ. in l. gallus, §. inſtituens. ff. de lib. & poſth. n. 21.* Coſta qui d. hanc, l. Lucius, diſpoſitionem coſtringit, *in tract. de regni ſucceſſ. pag. 98. in fin. cum ſeq.*

ARGVMENTVM.

An hæc ordinatio habeat locum in Eccleſiaſtica emphyteuſi.

Nepos an poſſit nominari de conſenſu filii.

Et nominatio emphyteutica an patiatur vulgarem ſubſtitutionem.

Filia an poſſit nominari, ſi conceſſio facta eſt pro filio.

Et emphyteuticus contractus, an admittat fœminas.

SVMMMARIA.

1 *Emphyteuſis conceſſa pro vno ex filiis nominando ad quam nepos poteſt nominari ex lege Regia, non extenditur ad emphyteuſin Eccleſiaſticam.*

2 *Nepos non poteſt nominari, quamdiu exſtat filius.*

Interpreta. l. quod ſi nepotem, 6. ff. de teſtamento tutela.

3 *Maioriam in fauorem nepotis non conſtituit pater, quamdiu habet filios.*

4 *Nepos nominari poteſt ad emphyteuſin, quae cũ filius exſtant fuit exheredatus.*

Interp. l. ſi necem, 4. §. ſi deportatum. ff. de bonis liberto. & num. 7.

Tertiam bonorum non poteſt pater cuipiam extraneo relinquere in regno Caſtellæ exſtantibus filiis primum gradum obtinentibus, adeo vt nec nepotibus ea tertia relinqui poſſit.

5 *Nepos poteſt nominari de conſenſu filii.*

Interp. l. cum quidam. 24. ff. de legat. 2.

6 *Nepos recte nominatur ad patris inſtantiam, quem eum nominare deſtinauerat.*

Tertia bonorum in regno Caſtellæ nepoti relinqui poteſt, de conſenſu filii, cui pater relinquere deſtinauerat, & hæc tertia nepoti donata computatur inter bona profectitia patris.

7 *Nepotis impedimentum non facit filius deportatus, quominus nominari poſſit.*

8 *Nepos poteſt nominari ad emphyteuſin, ſi filius eſt monachus fratrum minorum.*

9 *Nepos per viam vulgaris ſubſtitutionis nominari poteſt.*

10 *Nepotibus Hiſpani tertiam bonorum relinquere directo non poſſunt.*

Legitima patitur ſubſtitutionem vulgarem.

11 *Nominatio emphyteutica non patitur ſubſtitutionem vulgarem.*

Subſtitutio vulgaris ſecunda dicitur inſtitutio.

Subſtitutio eſt inſtitutio per quam ipſi teſtatori ſubſtituentis vere & realiter ſuccedituer.

Spurius qui a parente inſtitui heres non poteſt, neq. ab eodem ſubſtitui.

12 *Subſtitutus vulgaris excludit coheredem, & ſic ius accreſcendi. Sed contra ibi.*

13 *Subſtitutus pupillaris, ſuccedit pupillo non patri.*

Spurius vel alias incapax per pupillarem ſubſtitutionem, pupillo ſuccis heredes paterna bona conſequuntur, quoniam tunc pupillo non patri ſuccedunt.

Sed contra verius bona pupilli, duntaxat obtenturum.

Subſti-

Substitutus pupillaris obtinet emphyteusin, licet ad eã pupillus fuerit per patrem nominatus.

14 *Spurius pupillo substitutus non obtinet emphyteusin a patre acceptam, etiamsi concessio id permittat.*

Interp. l. si is qui, ff. de vulgari.

15 *Nepos potest nominari vbi filius est apud hostes, est tamen nominatio in pendenti, donec filius reuertatur.*

Interpr. l. lex Cornelia 28. ff. de vulgar.

Filius ab hostibus reuersus postliminii iure omnia bona recuperat.

16 *Filia potest nominari, licet concessio facta sit pro filio.*

Emphyteusis pro filiis concessa non debetur filiabus, sed contra nu. 17.

17 *Concessio pro filiis, comprehendit filias.*

Interpretat. leg. quisquis, 118. ff. de verborum significatione.

Fœmina continetur, vbi ratio seu dispositio est indifferens.

Filiorum appellatione veniunt filiæ.

18 *Masculinum genus continet fœmininum per interpretationem extensiuam.*

Interpr. l. pronuntiatio. 195 ff. de verb. sign.

Interpr. l. inter stuprum. §. fin. ff. eodem.

Verbum filiis, filias quoq; complectitur.

19 *Masculi appellatio excludit fœminas in contractu emphyteutico, qui est stricti iuris.*

Fœmina etiam in contractib. venit appellatione masculi contra communem.

20 *Filia non potest nominari ad emphyteusin pro vno filio concessam.*

21 *Hypothesis. Masculinum an concipiat fœmininum in officiorum collatione seu conuersione.*

Officium tabellionatus pro filio a se nominando vsque ad mortem, vel post mortem suã, an possit filia per patrem conferri.

22 *Regia concessio seu facultas constituendi maioratum in vnum ex filiis, non extenditur ad filiam.*

23 *Fœmina recte nominari põt ad emphyteusin fœmina concessam. Idem in feudis.*

24 *Fœmina potest nominari ad emphyteusin concessam a fœmina.*

25 *Fœminæ succedunt in feudis ordine successiuo, non in emphyteusi.*

Filiam nominare ad emphyteusin an pater possit, exstantibus filiis masculis.

Emphyteusi pro filiis masculis & fœminis concessa, fœminæ pariter cum masculis admittuntur.

26 *Masculus vbi statuto vel consuetudine excludit fœminam, nec talibus obseruantiam videtur emphyteusis concessa.*

27 *Concessio pro liberis fœminas includit.*

Interpretatur l. cognoscere. 56. §. ubi ararum ff. de verb. significatio.

Concessio facta pro generatione fœminas comprehendit.

28 *Concessio facta pro descendentibus, includit fœminas. Idem, si fiat pro filiis & heredibus*

29 *Concessio facta pro filiis vtriusque sexus, comprehendit masculos & fœminas*

Verbum masculus excludit fœminam.

30 *Nepos ex fœmina an excludatur.*

Masculorum descendentium nomine continentur etiam nepotes ex filia procedentes, siquidem masculi sunt & descendentes.

31 *Fœmina quando veniat appellatione masculi.*

32 *Emphyteusis siue prophana siue Ecclesiastica pro filio nominando, filiam quoq; comprehendit.*

33 *Emphyteusin Ecclesiasticam pro filiis concessam fœmina capit.*

34 *Emphyteusin Ecclesiasticam comprehendit lex ciuilis, vbi Ecclesiæ cessat præiudicium.*

35 *Concessio Ecclesiæ regulatur a lege Regia.*

36 *Emphyteusis a patre emta ad filias transit. Item in emphyteusi concessa homine decrepito, & iã sobolis carente.*

Consuetudo Ecclesiæ concedentis est attendenda, si forte pro masculis tantum est solita concedere.

37 *Filia nominari potest omisso masculo, vbi concessio fuit facta pro filio, vel filia.*

Alternatiua natura electionem præstans cessat, quãdo est posita inter personas in dispari gradu existentes, neq; resoluitur in copulatiuam.

38 *Masculi præferuntur, in concessione facta pro masculis & fœminis.*

39 *Mares fœminis in eodem gradu existentibus, in maioratuum successione, absque vlla controuersia præferuntur.*

40 *Ordo scripturæ in concessionibus plurimum potest.*

Concessio pro filiis ad masculos tantum porrigitur, vbi Ecclesia pro masculis tantum concedere est solita.

Fœmina vbi vocantur intelligendum est, vbi non existunt masculi.

41 *Fœminæ ad emphyteusin, non minus capaces sunt quam masculi.*

Consuetudo Ecclesiæ solum masculis concedentis emphyteusin fœminis nihil obstat.

Ordo scripturæ attenditur, quando copula ponitur inter personas gradu & affectione dispares.

42 *Emphyteutica concessionis noua forma inuenta in praxi.*

43 *Nominare ex filiis pater potest, quem maluerit.*

44 *Demeritum seu indignum, vel exheredatum filium an liceat nominare.*

CAPVT XV.

EX supra scriptis plane resoluitur, hanc legẽ Regiã, quatenus † ad emphyteusin cõcessam pro vno ex filiis, tribuit facultatem nominandi nepotẽ, 1
iuris communis correctoriam esse, & consequenter ad priuatam, seu prophanam emphyteusin restringendam esse, non ad Ecclesiasticam extendendam tore ex his, quæ not. *in c. quæ in Ecclesiarum. de constit. & in c. Ecclesia S. Mariæ cod. titul. tradit Iul. Clar. libr. 4. recep. sent. §. emphyteusis, q. 48. Grat. consi. 110. n. 36. vol. 1. & iam diximus in tract. de nom. emph. q. 7. a n. 11. cum seq. & q. 10. n. 13.* Ex quibus necessario lex ista ad emphyteusin priuatam seu a laicis concessam, restringenda est, ne quo modo contra ecclesiæ volũtatem, nominetur nepos.

Intellige tamen † nominari nepotem non posse, 2
quamdiu exstat filius, qui primum gradum obtinet vt nominatus probat hic lex Regia. ibi: *E nano tendo filhos poderá nomear hum neto, ou neta. &c.* Deferẽdum est igitur primo filiis, inter quos secundum iuris rigorem tantum videtur concessa eligendi potestas, vt Romano placuit *cons. 438. ad fin. per l. cum pater, §. hereditatem, in c ff. de legat. 2. ibi: De aliis eligendi potestas non fuit, & post Alber. ibi, & Soc. in l. Gallus, §. instituens, n. 91.* obseruauit Pinelan *l. 1. C. de bon. mater.*

1. part. nu. 69. vbi in argumentum inducit l. Regiam supra *titu. 36. §. 2. in nouis.* quatenus ab intestato succedentibus filiis, & nepotibus, filium nepoti, etiamsi is maiorem natura repræsentet, præferendum statuit. Debuit tamē meminisse, eam legem solum loqui in emphyteusi concessa generaliter *pro eo qui nominabitur.* Vt rectius mōnuit Valascus *de iure emphy. quæst. 30. num. 5.* & nos dicemus *lib. qq. forens.* Vbi vtiliter aduertimus, ideo in casu huius legis nō posse nominari nepotem, quamdiu exstat filius, quia emphyteusis fuit concessa pro vno filio nominando: quæ concessio secundum verborum analogiam & iuris rigorem non includit nepotes, qui in contractibus filiorum nomine non continentur, *vt supra diximus.* Quamobrem, vt hæc lex Regia omnino a iuris regulis, & traditionibus non recedat, cum ratione legislatori visum fuit, nepotes nominari nō posse exstantibus filiis: & merito quidem, quoniam de iure communi, vbi contingit dispensatiue per extensionem, benignamque interpretationem nepotes filiorum nomine contineri, ea extensio cessat, si cui inde præiudicium inferatur, vt Vlpianus probat *in l. quod si nepotes, ff. de testam. tut.* vbi filiis datus tutor, ad nepotes non porrigitur: propter onus & præiudicium tutoris, ne quo modo compellatur nepotum tutelam subire. Quamobrē vt huiusmodi onus cesset & grauamen, inquit Iureconsultus adhærendum fore propriæ verborum significationi & consequenter, solis filiis tutorem datum censeri, nō nepotibus, quorum defunctus non meminit. Concordat Imperator *in §. fin. Institut. qui test. tut. dari poss.* nam eo ipso, quod tutorem filiis dedit, nepotibus negauit, aliter enim filii aliter nepotes appellātur. Qua ratione passim constanter nostri interpretes probant, filiorum appellatione nepotes non cōtineri. Vt est videre per gloss. & Doctores *in Clemen. 1. verbo liber de b. spei sin. & in l. filij. ff. de verb. significa.* & voluere Barto. & plerique alii, quorum ad id meminit Decius *cons. 95. num. 5. vers. sed tamen prædictis, & cons. 372. Goz. ad cons. 4. nu. 2* firmans communem tradit idem Decius *cons. 545. nume. 10.* & Baeca *de non melior. filiab. nu. 9.* resoluens, ex vi verbi, filiorum appellatione nepotes non contineri, sed magis ex benigna interpretatione, vbi id ratio & æquitas postulat, ad quam doctrinam, quamplures congerit auctores, negantes huiusmodi nepotum comprehensionem, quando cessat æquitas, & benignæ interpretationis faciendæ ratio. Quæ sane cessat, vbi per eam alicui infertur præiudicium, vt contingit in datione tutelæ, in qua negatur nepotum comprehēsio, ne in tutoris perniciem fiat extensio, & iniusta interpretatio, *Bartol. d. l. liberorum, num. 5.* Concordant omnes secundum Decium *consil. 95. nu. 5. vers. hoc probatur excep.* Qua ratione in hoc §. 9. ne filiis inferatur præiudicium, consulto quidem & recte statutum fuit, ne quo modo nepos nominari possit, quamdiu filii exstabunt, eligendi potestas data videtur *l. cum pater. §. hereditatem in 1. ff. de legat. 2 cum aliis adductis per Costam lib. de regu. success. pag. 97. cum seq.* Et ita iusta hanc traditionem censendum est legislatorem, hanc suam sanctionem promulgasse, ne tam multa contra iuris regulas statuisse videatur, nempe in cōtractibus filiorum appellatione, quod comprehendantur nepotes, prolato præsertim sermone in numero singulari, & cum adiectione illa, *Dātrambos.* Denique & quod in præiudicium filiorum nepotes nominari possint, quæ simul collecta, specialia concurrere non possunt, *l. 1. C. de dot. promiss.*

Conuenit, † quod in proposito satis in simili resoluit Gregorius Lopez *in l. 32. titul. 9. part. 6. in gloss. verbo. No valdra, colum. 8. versic sed pone quod Rex,* vbi asserit parentem habentem imperialem licentiā constituendi maioriam, de bonis suis in fauorem vnius ex filiis non posse constituere in fauorem nepotis, quamdiu exstabunt filii, *& in l. 2. titul. 5. part. 2. fol. 40. col. 4. post prin.* tradit Molina *de primog. Hisp. lib. 2. c. 11. n. 34. cum seq.* ampliaus etiamsi in licentia Regia, nepotum fiat mentio, quoniam videtur facta ordine successiuo, non filiis exstantibus: & late Melchior Pelaez *in tract. de Maioratu, q. 15. lib. 3.* multo ergo magis in casu huius legis idem respondendū est, ex his, quæ diximus *supra c. 11. n. 40.* 3

Quod † tamen limitari potest, nisi filius, quē emphyteuta habet, ab eo exheredetur, quoniam sic exheredatus, nepoti impedimento esse non pōt, quominus nominari queat, vt iam supra obseruauimus *in tract. de nom. emph. q. 12. n. 52. adsi.* Is enim exheredatus filius pro mortuo habetur, *l. 1. §. si pater emancipatus ff. de cōiung. cum emancip. lib. eius. l. 1. §. pen. & l. si post mortem, 10. §. liberi ff. de bon. poss. contra tab.* melior casus *in l. si necem, 4. ff. de bon. liber.* vbi ita Paul. IC. *Si deportatus patronus fit filio eius competit, bonorū possessio, in bonis liberti, nec impedimento est ei, talis patronus, qui mortui loco habetur.* tex. ē in *l. Gall. §. & quid si tantū. ff. de lib. & posth.* tex. in *§. si d nostra Inst. de success. liber.* ibi: *Cū nullos liberos haberent, vel habentes, eos exheredauerint.* Ex quibus constat par esse vel liberos non habere, vel exhæredare exstantes. Hi n. quo ad effectū succedendi pro mortuis, & non exstantib. habentur: quare impedimento esse nō possunt nepotib. quominus nominari valeant. Faciūt quę in materia cumulauit Iasin *l. quoties ff. qui satisd. cog. an. Bart. & Bald. notab. 3. in l. pater filium, ff. de inoff. test.* conducunt multa q̄ scripsit Segura *in l. coheredi, §. cum filia. ff. de vulg. fol. 16 col. 1. cū seq. 9.* vbi postquā probauit in regno Castellæ, tertiā bonorū parē parē ē non posse cuipiā extraneo relinquere, exstantib filiis primum successionis gradū obtinētib. adeo vt neq; nepotib. ea tertia relinqui possit. pur lege Regia, 9. *lib. 3. foro l. tit. 5. De las mandas,* sancitū est, per multa probare cōtendit, contrarium fore obseruandum, si contingat parentes, filios exhæredare. quoniam tunc tanquam mortui nepotibus impedimento esse nō possunt, vt in specie resoluit Costa *in tract. de regni success. pag. 154. cum seq.* vbi ita legem nostram interpretatur. 4

Fallit etiam † hæc lex in hoc §. 6. nisi parens nepotem nominet de filii consensu. Valida enim erit hoc casu nominatio, idque praxis obseruat. Nam cum filii existentia nepotis nominationem impediat, vtique absque dubio ex filii cōsensu, nominari nepos recte potest. Hoc autem difficultate caret, quando vnicus tantum adest filius, cuius assensus adhibetur nominationi. Vbi autem plures alii adsunt, non omnino hæc resolutio expedita videtur: siquidem alii filii, qui non consenserunt, contradicentes infirmam reddere nepotis electionem possunt. Quare circumspecte hac in re procedendum est. Nam cū emphyteusis, de qua agimus, pro vno nominando filio sit concessa, infirmata nepotis nominatione, quasi nullus fuerit nominatus, 5

cen-

consolidationi locus erit, *vt diximus in tract. de nom. emph. q. 7. n. 9.* Siquidem ad emphyteusin nullus filius adspirare potest, nisi sit nominatus, nec omnes fuece. lere possint, *per l. cum quidam. 24. ff. de legat. 2.* quæ in emphyteusi non procedit, & sic in re induidua, qualis apud nos emphyteusis est, in qua etiam *l. vnũ ex familia. §. sed si duos ff. de legat. 2.* locum non habet. Nos tamen alio iure vtimur. Etenim in hac specie emphyteusis filio primogenito, siue parens testatus decedat, adiudicanda est, *per legem Regiam libr. 4. titul. 36. §. 1. & 2. in nouis, iuncto principio,* vbi diximus.

7 Quod sane † intelligendum est, nisi parẽs, ad instantiam filii, & persuasionem, quem palam nominare volebat, nepotem eligat, quoniam hoc casu filius ipse videtur nominatus, siquidem illum nominare parens destinauerat, vt satis in simili resoluit Segura *d. l. exheredi. §. cum filia. ff. de vulg. fol. 27. col. 3. in fin. cum seq.* resoluens *d. l. 9. tit. 5. de las mandas, lib. 3. foro legum,* quatenus negat, nepoti exstantibus filiis tertiam partem bonorum, relinqui posse, non procedere, quando parens destinauit illam vni filio relinquere, & is patrem rogauit, vt nepoti daret. Inquit enim satis esse, patrem voluisse illum filiũ meliorare, vt illi dicatur tertia donata, ex sola parentis destinatione, *argum. in l. nam & si, parentibus ff. de inoff. testam. & l. scripto. ff. vnde l. l er. & l. tutor in prin. ff. de bon. damna. cum aliis de quibus ibi per Seguram,* facit quæ supra diximus, *c. 12. num. 14.* Vbi obseruauimus datam videri filiæ, & breui manu in generum translatam dotem Quod idem est dicendum in proposita specie, vt filius prius nominatus videatur, & breui manu emphyteusis nepoti concessa, quod eo loco Segura satis agnouisse mihi visus est, quatenus adducit notata *in l. dedit dotem. ff. de colla. bonorum* Et opinatur inter pares fratres bona nepotis, hoc casu tertiam eo modo ab auo donatam, computandam fore. Quo argumento, & ratione idem est in hoc casu respondendum filium prius nominatum videri, & ab eo emphyteusin in nepotem profectam. & consequenter satisfactum esse formæ concessionis.

8 Restringenda † est etiam lex ista in nepote filii deportati, cui pater impedimento non est, quoniam is nominari valeat, nam cum pro mortuo habeatur, vt docet Iureconsultus *in l. aetcem. 4. ff. de bon. liber.* nepoti in eum facit. Vt ibi. *Si deportatus patronus sit, si is eius competit bonorum possessio, in bonis liberti, nec cam, ed um nisi est, ex is patro ius. qui mortuus ioco habetur tex in l. 1. 9 pen. ff. de bonor. poss. ff. contra tab. & in l. Gall. u. §. & quid si tantum. ff. de iber. & posth.* Quocirca si ae nepos ex tali filio deportato natus, siue ex alio, nominari ad huiusmodi emphyteusin recte potest, quia mors illa ciuilis per deportationem cõtingens, naturali comparatur, eum eundem prorsus habeat effectum.

9 Quo † argumento idem prorsus est respondendum in filio monacho, religionem ingresso, fratrũ minorum, qui similiter pro mortuo habetur, *vt in l. Deo nobis. §. 1. C. de Episc. & Cler. Bart. in lib. minoritarum. 3. dist. 1. c. 1. in fi. D. d. in c. in præsentia de probatio. tradit D. ten. reg. 381.* vide notata *in auth. ingressi, C. de sacros. Eccl. in Clemen. exiuit de Paradiso de verbor. significatio.* & quæ diximus *supra in tract. de nominatu. quæstio. 6. nume. 8. cum sequen. & quæst. 12. numer. 62 & numer. 49.*

Limitari † etiam lex hæc vtiliter potest, quando pater, qui plures filios habebat, in legitima heredes instituit, & ei quem nominauit, vulgariter nepotem substituit, vt firmat Segura (sic limitans *l. 9. titul. 5. de las mandas. lib. 3. foro legum.* in l. cohæredi. §. cum filia ff. de vulgari fol. 21. col. 2. & 4. fin. cum seq. sumi. 5.* Quam sententiam ego tamen admitto, quando vnicum tãtum filium emphyteuta haber, cumque heredem instituit, nec nominauit ad emphyteutin, illiq; nepotem substituit, quo casu esse heres noluerit, aut non potuerit: in qua specie, quia emphyteutica nominatio sub illo vniuersali titulo, *heredesuis*, continetur, vt ique filio repudiante emphyteusis simul cum hereditate, ad nepotem pertinebit, nõ minus, quam si de patris consensu auus illum nominasset: quo etiam casu supra diximus nepotem nominari recte posse Verum si heredem filium instituit, & ad emphyteusin nominauit, non video, qualiter nepos vulgariter substitutus emphyteusin consequatur, quam pater nominatus potest hereditate repudiata retinere. Vt emphyteusin ille noluerit etiam acquirere, nõ dubito nepoti illam tribuendam fore, ex titulo hereditario emphyteusin complectente, per legem Regiam, *lib. 4. tit. 36. §. 1. & in prin.* Verum si emphyteuta plures habens filios, quendam pro parte herẽdẽ instituerit & nominauerit ad emphyteusin, nulla iuris ratio patitur, nepoti eo substituto, emphyteusin adiudicari, quæ titulo hereditario ad eum transire nequit: quoniam neque filius illam, citra nominationem, in fratris primogeniti præiudicium, ad quem emphyteusis titulo hereditatis pertinet, obtineret *per d. l. Regiam, d. tit. 36. §. 1. & 3* Neque pater exstantibus filiis potuit nepotem nominare *per tex. in hoc §. 6.* Quamobrem etsi concedamus, substitutionis titulo nominari nepotem posse, eo casu, quo emphyteusin habere filius nominatus noluerit, in specie, quam tractamus, quando alii adsunt filii, ea resolutio admitti nequit, ne quo modo per indirectum concedamus nominari posse nepotem per viam substitutionis, quando nequit directo nominari. Ex quibus quæ Segura *d. limita. 5.* obseruauit, tertiam posse per viam substitutionis nepoti relinqui, casu nostro citra præsumtam distinctionem, adaptari non possunt.

Et aduerto Seguram *d. loco l. 9. lib. 3. Foro legum, tit. 5. de las mandas*, statuentem † nepotibus tertiam, quæ solis filiis obtinentibus primum gradum, ad instar legitimæ debetur, relinqui non posse, vtiliter limitare, vt non procedat, quando auus filio heredi in legitima instituto, & in tertia meliorato, nepotem vulgariter substituit. In qua specie inquit, quemadmodum pater potest respectu legitimæ substitutũ dare filio vulgarem, *vt tradunt Paulus, Aretinus, & Alexand. in l. si posthumus, §. quod vulgo. ff. de liber. & posthum.* per textum, *in leg. si filius h res extiterit. & in leg. fin ff de conditio. institu.* & est bonus textus *in leg. cum patronus, vbi Paulus & Cumanus. ff. de le. ut. 2. tradit Soarez in leg. quoniam in prioribus, C. de inoffi. testament. limita. 4. nom. Gomez in titul. de testam. cap. 3. num. 17. tacm Segura in l. vnum ex familia. §. si usfructuum. fol. 58. colam. 3. ad finem. cum sequ. Peralta in a. cl. leg. cum patronus, a num. 21. pag. 295. Costa in c. si pater, de testa. in 6. pag. 300. num. 2. num. 19. & Menchaca de success. creat. §. 20. numer. 241.* Ita etiam poterit respectu tertiæ, quæ ad instar legitimæ solis filiis obtinentibus primum gradum, 10

debetur. Etenim prout legitimam substitutus vulgaris sibi vindicat, non obstante exsistentia aliorum filiorum, quibus illa magis debita esse censetur, ex notatis *in l. cum ratio. ff. de bon. damn.* Ita etiam & tertiam debet habere, quę ad summum, legitimę comparatur, propterea quod solis filiis concedi potest. qui primum successionis locum obtinebunt. Quo argumento idem in emphyteusi videtur resoluendum, quæ solis filiis debetur, adeo vt nec nepotes filiis exstantibus nominari possint, vt hic lex Regia probat *in hoc §. 6.* Hanc enim ad instar, & similitudinem tertiæ, obtinebit nepos, filio substitutus ex auctoritate Seguræ, *in d. locis*, qui hanc sententiam, in tertia probat, sic limitans, *l. Regiam. d. l. 9.* cuius exemplo hæc etiam nostra limitanda videtur.

11 Verum hæc † vulgaris substitutio, emphyteuticæ nominationi, de qua agimus, applicari non potest, quia nullo modo, vnum corpus cum legitima filio debita constituere potest. Illam enim a patre filius habet, titulo honorabili & vniuersali, hanc vero a domino directo mediante patris titulo particulari nominationis: quamobrem etsi concedamus cum Segura, tertiam bonorum partem, simul cum legitima in nepotem transire posse, & quemuis aliū extraneum, non obstante dispositione *d. l. 9.* idem tamen in emphyteusi admittere non possumus. Manifestum enim est, in legato tertiæ de filiorum tantum agi præiudicio, cui parens satisfecisse videtur, simul ac illam, vni ex filiis legauit: in emphyteusi vero etiam de domini directi agitur præiudicio, qui noluit emphyteusin a se concessam ad extraneos transire posse. Quamobrem dispares omnino sunt termini, tertiæ bonorum, & emphyteusis, licet vtraque filiis primum gradum obtinentibus debeatur. Vlterius substitutio vulgaris secunda dicitur institutio, *vt obseruauit glossa recepta in rub. ff. de vulgari. & in rubric. Institut. eodem titul. recepta secundum Iason. in l. 1. num. 32. ff. de vulga. Sebast. Sapia in rubr. C. de impuber. & aliis, n. 2. Peralta in rub. ff. de hered. instit. nu. 16. & Fortaculus dia. og. 23.* in fauorem decedentium inuenta, quo facilius testati decederent, & cum herede, quod honorabile antiqui patres reputarūt, *§. licet Inst. quibus ex caus. manumit. non licet, l. & quia ff. de interrog. actio. Corras. lib. 1. Miscellaneorum, c. 2. n. 5. Viglius in rub. Inst. de vulg. num. 7. tradunt Politus de vulgar. nu. 88. & Alciat. lib. 4. parergon. c. 6.* Quamobrem vt nonnulli opinantur, substitutio proprie loquendo est institutio, *Bart. Bald. Paul. & Imol. in l. mulier, 2. §. fin. per tex. ibi, ff. de cond. instit.* per quam ipsi testatori substituenti vere & realiter succeditur, *vt habetur in l. si is qui, 6. ff. de vulga.* & ibi notant Doctores spurium, qui a parente institui heres non potest, neque ab eodem substitui posse. Quod obseruauit glossa *verbo participium, ad fin. in §. fi. in authent. quib. mod. natur. effici. sui. coll. 7.* recepta communiter secundum Gomez *in l. 9. Tauri, 20. Couar. in 2. par. de sponsal. lib. c. 8. §. 5. n. 4. Guliel. in c. Rayn. in tit. de pupill. n. 74.* intelligens hoc verum esse etiam in tacita vulgari, contenta sub expressa pupillari, quæ fuit sententia Baldi, *in l. 1. n. 28. C. de sacros. eccl.* Secundum quæ substitutionum principia, quæ vulgaria sunt, necessario fatendum est, cessare in casu proposito Seguræ argumentum & rationem: quoniam etsi tertiam simul cum filii legitima per viam vulgaris substitutionis parens possit in nepotem, aut quemlibet alium conferre, tanquam vnum corpus formatum, & vnitum: nō proinde poterit emphyteusin, ad quam ille nepotem, aut quempiam alium, quam filiū nominare non potest, per viam directam nominationis, seu institutionis conferre. Ergo neque per indirectum substitutionis; siquidem in vtrunque euentū, ille tertius contra concedentis voluntatem, & intentionem ab eo dicitur nominatus.

Vlterius si recte consideres, Segura † præsupponit substitutum vulgarem, submouere posse ceteros filios cohæredes, in quo videtur inniti auctoritate Iureconsult. *in l. 2. §. si duo. ff. de bon. possess. secund. tab. in l. re coniunct. nume. 154. ff. de leg. 3. & Ripa in l. 1. ff. de vulgar. nume. 180.* qui intelligunt substitutionis ius potentius esse, iure accrescendi, quo innititur cohæres, & videtur probari *in l. fin. §. filium. ff. de leg. 2. & in l. Lucius. 78. §. Caio, ff. ad Senatusconsf. Trebellia. Alex. lib. 1. cons. 38. num. 3. Ias. in d. l. 1. ff. de vulga. num. 67. Gulielm. d. c. Rayn. sub titul. de vulg. nu. 129. Po...* 12
etiam eod. tit. 3. par. nu. 57. & Lorotus de subst. Axiomate 38. Cuius tamen contrarium probauit Bart *d. l. 1. ff. de vulgar. num. 48* resoluens cohæredem per ius accrescendi excludere substitutum, quasi tunc demum vocetur, quando omnes instituti heredes, esse desierint, quæ Bart. traditio communis & recepta, *secundum Socinum, ibi nu. 51. & Ripam. 189. Corneum cons. 298. num. 8. lib. 4. Ant. Gomez. 1. tom. cap. 3. num. 35.* & eam defendens Corras. *in l. pen. C. de impub. & aliis. nu. m. 16.* & est bonus casus *in l. quāuis in fi. C. de impub.* Quocirca Segura, necessario intelligendus est, quando parens, nominatim & diuisim, filio instituto pro parte sua, heredem nepotem substituit, quo casu substitutus cohæredem excludit ex defuncti tacita voluntate, *Bartol. dict. leg. 1 ff. de vulg. num. 48. & ibi Ripa, nu. 199. & Alcia. 148.*

Ex † quibus si pater filium impuberē nominauit, & sic concessionis conditioni satisfecit, & ei extraneum quēdam, sc. nepotem, substituit pupillariter, vtiq; obtinebit is emphyteusin ex pupillari substitutione, tanquam a pupillo nominatus, non a patre, si modo emphyteutica concessio patitur adhuc aliā personam nominari posse. Explorati enim iuris est per pupillarem substitutionem ipsi pupillo, non patri succedi, *vt in l. si is qui ex bonis ff. de vulgar* & ibi DD. notant. Propterea spurium, & similes patri, qui heredes fieri nequeunt per pupillarem substitutionem pupillo heredes factos, paterna bona consequi posse, quoniam tunc pupillo, non patri succedunt, vbi ibi IC. probat, dum subdit, *quasi a pupillo capiat.* Et licet glossa ibi exemplum ponat in filio naturali, qui licet vnam tantum vnciam ex bonis patris consequi possit, *per l. 2. C. de natur. liber.* per pupillarem tamen substitutionem, vniuersam potuit hereditatem assequi. Idem prorsus est in filio spurio re[illegible]ondendum ex glossa *verb. participium, ad fin. in auth. quib. mod. natur. effic. sui. §. fi. Alex. d. l. si is, qui ex bonis. n. 4. Gom. in l. 9. Tauri. n. 20. Pinellan l. 3. C. de bon. mat. n. 21.* Sed verius tū, & receptius est, bona pupilli dūtaxat, non a patre pcedētia, spuriū pupillariter substitutum obtenturū, ne per indirectū patri, spurius succedere videatur, vt plane IC. pbat, *d. leg. si is, qui ex bonis, quæ patris fuerāt*, & ibi nntāt scribētes, esse casum, in quo qs p parte testatus decedere pōt, quoniā diuidūtur bona pupilli a paternis: illa nāq; substitutus pupillaris obtinet, hæc vero ab intestato succedētes pupillo, vt ibidē explicat Alex. *n. 3. Ias. in l. 2. n. 9. C. de hered. instit. Dec. cons. 312. n. 4. Alcia. nu. 3. Ias. in . 9. d. l. 6. ff. de vulg.*

vulg, Dec. & alij in l. ius nostrum ff. de reg. iur. qui probant, pupillarem substitutum emphyteusin obtinere, licet ad eam pupillus fuerit per patrem nominatus, quia a domino, magis quam a patre dicitur nominatus, habuisse per *l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.* Quæ resolutio confirmari potest, ex his, quæ scripsit Segura *in d. l. coheredi. §. cum filia. lim. 10. ad leg. 9 tit. 5. lib 3. foro legum de las mãdas fol. 22. col. 4. ad med. cum sequ.* resoluens, nepoti substituto pupillariter, impuberi filio recte posse tertiam relinqui, quamuis per d. l. Regiam, illa solis filiis obtinentibus primum locum debeatur. Quo argumento, idem est in emphyteusi respondendum, præmissa tamen declaratione, de qua supra, si modo ex concessionis forma licet aliam personam nominare.

14 Idque † secundum supra scriptam interpretationem, intelligendum est, etiamsi substitutus pupillaris, sit filius spurius ipsius patris, pro filio testantis, quoniam, *vt diximus*, ea spurietatis nota non obstante, consequi ille potest, omnia bona pupilli fratris, & quæ aliunde prouenerunt, quam a patre, & consequenter emphyteusin obtinebit, quam filius a domino, non a patre nominante, habere certum est, *d. l. vnum. §. 1.* Verum hoc limitandum censeo in emphyteusi, quam pater ipse pretio comparauit: hanc enim vere & realiter filius a patre habet, loco pretii, quo illa empta fuit, in cuius locum res ipsa emphyteutica subrogatur. Quamobrem quemadmodum spurius filius etiam pupillariter substitutus non potest pretium ex bonis patris procedens, habere per tex. *in d. l. si is qui. 6. ff. de vulg.* ita neque emphyteusin illius pretii loco subrogatam poterit obtinere, quæ resolutio deducitur *ex l. quod conditionis. & ibi notatur, ff. de dona. caus. mort.* vbi incapax hereditatis non potest capere relictum caussa conditionis implendæ, quamuis illud ex alieno patrimonio procedat: quia sic datum caussa conditionis implendæ, succedit loco rei a testatore relictæ, quare illius est incapax filius, qui a patre capere non potest, vt explicat Bartol. *d. l. quod conditionis. Alex. in fin. & Bald. in l. eam quam, C. de fideicomm. ff. num 55. Alber. in l. si quilibet. ff. de his quib. vt indign. & Ioannes Delectus lib. de arte testan. tit. 1. caut. 14. num 5.* Vnde ego aliquando in praxi respondi, ad huiusmodi emphyteusin patris pecuniis emptam, nominari filium spurium nõ posse, quamuis concessionis forma contrarium postulet, & nominari spurium permittat: nam cum a patre procedit, & eius patrimonio, propter subrogationem præscriptã, nulla iuris ratio tollerat, posse spurium nominari, aut id dominum directum concedere, in fraudem legum interdicentium, nequid spuriis conferatur. Verum est enim in hac specie, emphyteusin a parente procedere, & nominatum ab eo illam obtinere, non a domino, vt pulcre obseruauit Bal. *in l. 1. C. per quas pers. nob. acq.* resoluens, huiusmodi emphyteusin, pretio comparatam, patrem libere in filiorum præiudicium alienare posse, quia vere & realiter ab eo pendet, & ab eo filii capiunt, non a domino, *sequitur Gozadinus cons. 73. nu. 14.* Quæ est notabilis traditio pro limitatione doctrinæ Baldi *in l. 2. C. de iure emph. num. 5.* resoluentis spurium filium capere emphyteusin posse, quando id domino directo placuit, si illius meminerit in concessione, *sequitur Iaf. ibidem n. 4. 122. & Cremensis, singul. 129. & Guiel. in c. Raynutius verbo & vxorem, decis. 5. num. 129.*

Limitatur † etiam lex ista, quando filius, qui nepotem præcedebat, ab hostibus detinebatur, quo casu pro mortuo habetur. *l. pater. in prin. ff. de capti. l. pen. §. fin. ff. de vsucap. iuncta l. in omnibus. 18 ff. de capt.* Quare nominatus nepos, emphyteosin obtinebit, quemadmodum & obtenturum tertiam, non obstante dispositione *d. l. 9. tit. de las mandas. lib. 3. foro legum*, probat Segura *d. l. coheredi, § cum filia. ff. de vulg. fol. 23. col. 2. lim. 11.* Verũ vt nepos pleno iure emphyteusin consequatur, oportet filium in captiuitate decedere, quo casu tunc præsumitur, id est, ante captiuitatem decessisse, vt habetur *in l. bona. 22. ff. de capti. & in l. lex Cornelia, 28. ff. de vulgari.* habetur *in §. si Inst. quibus non est permiss. fa. testam glos. & Doctores in dict. l. in omnibus. tradit Costa in l. Gallus, §. & quid si tantum. ff. de lib. & posth. pag 57. num. 91. & in c. si pater, de test. in 6. pag. 250. num 6.* Ceterum si filius ab hostibus reuertatur, quia omnia postliminii iure recuperat. *l. postliminium. 19 ff. de captiu. Forcatulus in l. manum. ff. ... col. fin ff. de test. & tur. Alciatus libr. 2. paradoxo. cap. fi. Forcatuli Dialog 76. & 78 tradit Arnald. in rub. de haeret. quæst 8. num 14. habetur in l. cum duo, 14. ff. de capt.* necessario resoluendum est, nominationem, de qua agimus, in fauorem nepotis factam, in pendenti esse, donec de morte filii constet, quemadmodum sunt cetera, quæ ab hostib. captus amittit. Consideratur enim in his, qui ab hostibus detinentur, spes quædam probabilis reuersionis in patriam, propter quam omnia dicuntur esse in pẽdenti, *l. 1. § si per venerit. ff. ad Macedon. l. mutuo. 6. § fin. ff. de tutel. l. 2. §. si quis decesserit ff. vnde cognati.* Quocirca exstincta ea spe, per mortem capti, apud hostes firma manent omnia penes eum, apud quem erant, intelligo vere, non ficte, vt obseruauit gloss. recepta verbo pendent *in §. si ab hostibus, Inst. quibus mod. ius patr. potest. sol.* quod ad huius legis Regiæ interpretationẽ notabile est. Multa hic adducere possemus, quæ pertractat Segura dicto loco, pro limitatione dict. leg. Regia, *9. tit. de las mandas, tit 5. libr. 3. Foro legum*, quæ consulto missa facimus, ne alienas lucubrationes transcribere videamur.

16 Subdit † vlterius Lusitanus legislator, *ou filha*. & ibi *ou neta*. Hæc verba si iungantur aliis emphyteuticæ concessionis, *& per a hum so filho, que dentre elles nacesse*, velut comprobant, ad emphyteusin concessam pro vno filio nominando, seu eligendo, filiam nominari posse: & consequenter deducitur hunc terminum *filius*, generis masculini, filiam quoq; comprehendere, & sic sexum fœmineum, quod palam lex ista statuisse videtur, ibi: *posto que nam fez amencaso senaso de filho* Inducunt nonnulli ad idem legẽ Regiã, supra *tit. prox. mo. §. 2. ibi, filha ou neta*, quod nos ibidem latius improbauimus, admonentes, legem illam Regiam loqui in emphyteusi concessa, *pro eo qui nominabitur*, non vero *pro filio nominando*, in quo casu Ordinatio hæc disponit. Quamobrem eleganter *in tract. de nomina. emphyt. quæst. 17. num. 30. cum seq. & quæst. 10. num 19.* ex plurimorum auctoritate resoluimus, emphyteusin concessam pro filiis ad filias non pertinere: quia in contractibus, in quibus verba stricte accipiuntur, *vt in l. veteribus. ff. de pact. & l. qui liberis, & l. genera ff. de verb. obl.* masculinum nõ concipit fœmininum. Et propterea emphyteusin concessam pro filiis, ad fœminas nõ pertinere passim Doctores tradunt per Hippolyt. *singul. 191.* Vbi expresse asserit, masculinum de emphy-

teuſi.pro ſe & filiis,nõ dici inueſtitum pro filiabus, & obſeruauit Archidiaco *in c.ſi quis ſuadente,17.q.4.* & plures citat Roman.Bal.Imol Alex.& alios,idem tradit Alex.*in l.ſed & ſi.§.liberos ff.de in ius vocan.col.1.& lib.1.conſ.61.*addo Iaſ.*in l.ſi quis id quod.nu.23.ff.de iuriſd.om.iud.& in l.pactum inter heredem,num.2.ff.de pact.idem Iaſ.in l.quæ de legato. nu.13.ff.de leg.1.& in l.ſtipulatio iſta habere,ff.de verbo.oblig.in §.in ſtipulationibus,nume.1.verſ.infertur imprimis,& in l.veteribus,ff.de pact.num.2.rurſus & in l.ſi extraneus,num.19.ff.de cond.cauſſ.dat.*denique hanc dixit eſſe veritatem Iaſ. *in l.2.C.de iur.emph.q.9.num.232.*& eam late defendit Socin.*lib.1.conſi.19.col.2.& Iaſ.in l.maritus,C.de procur.num.4.& in l.Gallus,lectu.2.num.31.*&firmat cõmunem Decius *conſ.171.& 236.& 567.*& communẽ aſſerit Loazes *in l.filiusfamilias.§.Diui.ff.de leg.1.nu.68.*& Iulius Clar. *lib.4.§.emphyteuſis,q.23.nu.3.Gammaq.260.num 1.* Et huic ſententiæ adhæret Decius *in l.fœmina ff de reg.iur.nume.104.& in c.in præſentia,nume.46.de proba.ante verſi.non obſtat,*concordat Segura firmans communem *in l.ſi ex legati cauſſa,ff.de verbor.oblig fol.104.col.4.in med.& Ripa in l. ex facto,§.ſi quis rogatus,ff.ad Treb.num.59.Tiraquel.ſuccinctè nimis in ll.connub.num.26.l 5.Goz.ad.conſ.10.num.1 & 2.& Ferd.Arias in l.17.Tauri,nu.10.& Valaſc.de iure emph.q.41.nu.3.*aſſerens communem & Pinell.*in l.3.C.de bon.mater.num.33.* & communem eum plurib. Carol.*in conſuet.Pariſ.§.12.num.2.* & fuit ſententia Anchar.*conſ 413.*quem ad hoc refert Syluanus *conſi.1.ante num.27.*concordat Angel. *in §.ſi.Inſt.qui teſta.tutores dari poſſ.verſ.quarto,& ibi Thomas Gram. numer.23.& Zuchardus in l.fin.C.de edicto Diui Adriani.toll.num.73.cum ſeq.*& communem teſtatur Couarr. *lib.2 reſol.cap.18.num.1.colum.2.* quibus addo Corneum *libr. 1. conſil. 263. in princip. & libr. 4 conſil.233. colum.2.poſt princ.& Alciat.lib.3.de verborum ſignif.*

Contrariam † tamen ſententiam tenuerunt Bal-
57 dus *col.2.*& ibi Salycet.*quæſt.16.ante num.27.C.de iure emph.Dec in l.fœmina.ff.de reg.iur.nu.108.& Carol.in additio.Alex.lib.1.conſ.61.& in conſuetud.Pariſ.§.12.num.4.* Concordant Couarr.Socinus nepos,Iulius Clarus,& Pinellus,quorum meminit Valaſc.*de iure emph.quæſt.41.num 3.verſ cæterum,* tradit idem Socin.iun.*conſi.104.num.7.vol.2.* vbi hanc probat,ſola Salyceti auctoritate contentus. Pinell.*in l.3.C.de bon.mater.num.33.* vbi hanc opinionem æquiſſimã cenſet,& vſu,& conſuetudine obſeruari,a qua Valaſcus minime recedẽdum fore opinatur in his regnis per hanc legem Regiam in hoc §. 6.quæ in fortioribus terminis loquitur, intelligens ſecundum mentem ſtatuentis id procedere, qui cum filiis aut filio emphyteuſin conceſſit, fœminis etiam conceſſiſſe cẽſetur,per text.*in l.quiſquis,118.ff.de verb.ſignifica.* vbi Modeſtinus aliorum Iureconſultorum opiniones referens,ſic alloquitur: *Quiſquis mihi alius filius,filiuſve mihi heres ſit,Labeo ait, non videri filiam contineri, Proculus contra. Mihi Labeo videtur verborum figuram ſequi.Proculus mentem teſtantis. Reſpondi,non dubito quin Labeonis ſententia vera non ſit* Ecce qualiter Modeſt.Proculi ſententiam probãs,filii appellatione,in numero ſingulari prolati, filiam ex mente loquentis contineri probat. Quamuis ſecundum verbi proprietatem, & verum ſenſum ex Labeonia ſententia,contrarium ſit obſeruandum.Nil mirum ergo,inquit Valaſcus, *d.lo.o,* ſi ad emphyteuſin pro vno filio nominando cõceſſam,filia nominari poſſit:quoniam ſucceſſio emphyteutica & quæuis alia, indifferens eſt,non minus fœminæ, quam maſculo conueniens & conſentanea. Quare ex recepta noſtrorum interpretum ſententia maſculi appellatio fœminam complectitur, *Bart.in l.1.col.fin.ff.de pecul.& in l.1.ff.de verb ſigni.Soc.iun.conſ 104.nu.6.vol.2.& lib.1.conſ.1.n.89.cum ſeq.Quintil.Mandoſ.in reg.de infirm.reſign.q.3.n.4.* Eſſe autem ſucceſſionem emphyteuticam materiam indifferentem. probant Iulius Clarus,*lib.4.verbo emphyteuſis,quæſt 32.in prin.& Socin.conſ.104.lib.2.num.4.*& per text.*in §.emphyteuſin,in auth.de non alienand.coll 2.*per quem hoc ita reſoluit Anchar.*conſ.433.*& tradit Valaſ. tanquam indubitatum,*d.nu.9.* neminem citans. Iuuant hanc ſententiam,quæ traduntur *in l.ſi ita ſcriptum.46.ff.de lega.1.& in l.iuſta.119 ff.de verbor.ſigni.* Vbi pro regula traditur, filiorum appellatione filias contineri, niſi de contraria voluntate conſtet,vt probat *l.qui duos,60.in fi.ff.de leg.3.* ibi: *Id autem eo fit,quia ſemper ſexus maſculinus fœmineum continet.* Tradit Tiraq *lib.1.retract.§.1.gl.9.nu.210.*

Sed † hæc traditio per interpretationem admitti-
tur,non ſecũdum verborum figuram, & proprium 57
ſenſum,vt deducitur ex Iureconſulti reſponſo *in l.pronuntiatio,195.ff.de verbor.ſignific.*ibi: *Pronuntiatio ſermonis in ſexu maſculino,plerunq; ad vtrunq; ſexum porrigitur,*ſcilicet per interpretationem extẽſiuam, non cõprehẽſiuã quod planius probat Imperator *in l.cum in adoptiuis,§.pen.C.de adopt.*ibi: *Quæ in filio diximus in adoptionem a patre dato, & hac in filia, & in nepote, & nepte,& deinceps perſonis, vtriuſque ſexus, in ſacris patris conſtitutis extendimus.* Similis caſus eſt *in leg.pen.C.de præpoſ.ſacri cubi.lib.12.*ibi: *Hæc omnia,quæ ſuper deuotiſſimis cubiculariis ſancimus,etiam ad cubicularias extendi propagari decernimus.* Quæ intra probant,verba prolata per maſculinum genus, fœmininum complecti per interpretationem extenſiuã, quod obſeruauit gloſſ.*in l.ſeruus,79 ff de leg.3 & Alberic.in l.1.ff,de verb.ſig.Cornetus lib.11.conſi 11.& lib.2.conſ.139.lit.D.Coſta in c.ſi pater,de teſt.in 6 pag.189.col.1.*& eſt communis reſolutio, *teſte Decio, in l.2 ff.de regul.iur.nu.93.Tiraq.lib.1.retract.§.1.gl 9.nu.179.Alciat.reſponſ.693.Rolan.a Valle.cõſ 93.n.14.vol.1.* Quãuis Anchar.*conſ.112 nu.2.*defendere contendat maſculinum genus ex interpretatione comprehenſiua fœmineum concipere, quod etiam voluit Bald.*lib.3.conſ.443.num.2.Alexand.conſ 31.a num.7.libr.4 & Corn.conſil.222.colum.3.ad fin.lib.4.* quorum ſententiam probare videtur IC. *in l.inter ſtuprum,99.§.fin ff.de verb.ſign.*vbi in hæc verba, *Seruis legatis, etiã ancillas deberi quidam putant, quaſi commune nomẽ vtrunq; ſexum contineat.* Vbi tamen Alciatus communem defendens nodum hunc diſſoluit,ideo in illo tex.verbum *ſeruus legatis,*commune eſſe, quia antiqui linguæ Latinæ auctores,in ablatiuo non vtebãtur,verbo *ſeruabus,*ſed *ſeruis*, quæ vox tam maſculos,quam fœminas comprehendebat. Quare mirũ non eſt,ſi ibi IC.relictis, ſeu legatis ſeruis,etiam ſeruas,ſeu ancillas,quaſi legatas,deberi reſponderit,quia verbum commune erat,vtrique ſexui conueniens. Quem ſenſum, & interpretationem merito Coſta in priuatis ſcriptis.*l.2.ff.de verb.obl.*Conimbricę improbauit, conſiderans ea potius eſſe verba Iuriſcõſulti de iure reſpondentis,non vero defuncti ſub ea forma cõcipientis. Etenim veriſimile eſt,teſtatorem ita diſpoſuiſſe, *Seruos meos do lego*, quæ in forma

mã legis condendæ Iureeoof. conuertena subdit, *seruis legatis & ancillas deberi*, quia per verbum cõmunc, *seruos*, fuit oratio a testatore cõcepta. Quod nuper idem Costa *in cap. si pater, de testa. in 6. obseruauit, pag. 189. verbo. si vtrumq;* resoluens, proinde adhærendum fore Paulo Castr. *in l. tres fratres. ff. de pact. nu. 2.* resoluenti, genus masculinum, seu verba prolata per genus masculinum in numero singulari fœmininũ comprehendere, per interpretationem extẽsiuam: secus v. si in numero plurali verba proferantur, quoniam tunc fœmineum genus, seu sexum cõtinet, per interpretationem cõprehensiuam. Sequitur in hoc Pauli doctrinã Alciatus *in l. 1. ff. de verbo signific. post princip.* & Decius *in dict. leg. fœmina. ff. de reg. iuris, num. 117.* quorum etiam auctoritate nixus hanc distinctionem verissimã credit Costa *d. pag 189.* intelligens, iura & communem, quæ habent, sexum fœmineum per interpretationem extensiuam, contineri sub sexu masculino, intelligendam esse, quando verba per numerum singularem, prolata, & concepta reperiuntur. Sin vero per numerum pluralem concipiantur, resoluendum est, sexum fœmineũ, sub masculino, comprehensiua interpretatione contineri. Deducit Costa hãc traditionem ex *l. Herennius, 120 ff. de verbo sign.* inocta l. *si quis ita 16. ff. de testam. tutel. & l. si ita scriptum, 46. ff de leg 2.* Vbi patrem filiab. tutorem dedisse pronuntiatum est, qui filiis tutorem dedit. Illud enim verbum *filiis*, masculinum in numero plurali prolatum, fœmineum sexũ, & sic filias complectitur, non extensiua, sed cõprehensiua significatione. Verum si filio tutorem pater dederit, & vtiq; filiæ dare voluisse existimemua, tamen per interpretationem extensiuam subire onus tutelæ tutor datus & eam suscipere non compellitur, quoniam extensiua illa interpretatio, in odiũ & perniciem dati tutoris cessat, vt habetur *in dict. leg Herennius.* & conuincuot, quæ de nepotibus diximus in proxima quæstione, non dici illis datum tutorem, qui filiis datus reperitur, quia comprehendi filiorum appellatione aliter nequeunt, quam per interpretationem exteosiuam, quę in prętudicium tutoris cessat.

19 Ex † quibus ita perpensis nõ caret scrupulo huius legis Regiæ dispositio, quatenus ad emphyteusin conecssam pro vno filio, sanxit, nominari posse filiã, aut neptẽ. Nã cum verba sint prolata p numerum singularẽ, iuxta prædictam Pauli doctrinã, *in d. l. tres fratres, nu. 2.* respondendum est, filiam comprehendi aliter non posse, quam extensiue: Quam interpretationem auctores nostri, paulo ante relati negant in contractibus, præsertim stricti iuris, qualia est emphyteuticua, *vt tradit Valascus de iure emphyt. q. 5. n. 7. & q. 38 n. 21.* Quare verbis contractus, submota omni æquitatis ratione, aut alterius extrinsecæ considerationis, adhærendum necessario est, *vt cum Gomez. Alciato & aliis, resoluit idem Valasc. d. q. 5. sub n. 2.* Quæ est ratio, propter quam Dd. supra relati intrepide probant, in contractibus masculinum non continere fœmineum genus. Quid igitur est dicendum? Si mea sane opinio valet, verior mihi videtur sententia Decii, Caroli, Couarr. Iulii Clari, Pinelli, & Valasc. asserentium, ad emphyteusin pro filiis concessam, etiam filias vocatas censeri. Nam cum per supra scripta vera sit, verba sexus masculini in numero plurali prolata ex vi comprehensiua, fœmineum comprehendere, consequens est, emphyteuticam concessionem p filiis factam, etiam filiab. quasi expressia, & sub verbis concessionis, & inuestituræ contentis, prodesse, quo casu cessat dispositio *dict. leg. veteribus, ff. de pact.* quæ eo tantum casu procedit, in quo res est dubia, non quando est clara, quia sub verbis cõtractus est comprehensa, vt in casu quem tractamus, vt explicant Bart. Bald. & alii, quorum admeminit Carol *in consi. Parisi. 6. 12 numer. 5.* Vbi melius ceteris hunc articulum resoluit, & tandem subdit, constituendã esse regulã, appellatione masculi fœminam contineri, tam in testamẽtia, quam in contractibus etiam stricti iuris, qualis est emphyteuticus.

Ceterum † vbi verba fuerint per numerũ sin- 20
gularem concepta, quemadmodum in casu huius legis, in qua forma concessionis fuit, pro vno filio, nominando, contrarium videtur fore respondendum, scilic. fœminam nominari non posse: quoniam aliter comprehendi nequit, quam per interpretationem extensiuam, quam fore negandam in contractibus stricti iuris, & consequenter in emphyteutico ante probauimus ex Valaseo *d. q. 5. n. 2.* Nec mouere quempiam debet text. quo Valascus nititur *in l. quisquis. 118. ff. de verbor. sign.* vbi per numerum singularem fuit sermo cõceptus, & nihilominus filiã contineri Iureconsulto placuit, quoniã si bene consideres, id operatur illa dictio. *quisquis*, & est terminus communis masculũ & fœminam cõplectens, vt habetur *in l. si quis id quod ff. de iurisdict. omn. iudic.* tradit Gomezius *in Regula de infirmis resignant. quæst. 6.* resoluens, proinde regulam comprehendere Abbatissas, sua monasteria, seu beneficia, infirmas, resignantes, sequuntur Carolus *ibi nu 122. & Rebuff. in praxi fol. 506. num. 1. licet contradicat Quintilian. Mandos. in eadem regula, q. 3.* Non ignoro tamen Caroli solutionem ad *l. veteribus, ff. de pactis, d. §. 12. post numer. 5. versicul. tum.* etiam hoc casu concludere, interpretationem assumendam contra dominum concedentem, qui apertius legem dicere potuit ex auctoritate Cornei *consil. 171 lib. 3.* Porro communem etiam, si velis defendere attende ad scripta per Zuchardum *in l. fin. C. de edicto Diui Adrian. tollend. numer. 73. cum seq.*

Ex † quibus ego paucis retro annis defendebam 21
officium tabellionatus, a Rege concessum, cuidam ciui Olysipponensi, & pro vno filio a se nominando vsque ad extremum vitæ tempus, vel post mortem suam, ad filiam, quã pater prædilexerat, & nominauerat, existente filio masculo, peruenire non posse. Refragabatur, hoc beneficium principis esse ac proinde late interpretandum fore: ac proinde pro vno filio nominando concessum, filiam quoque cõprehendere videri, nec prohibitum patrem censeri filiam ad illud officium nominare seu eligere, *ex reg. l. si quis ita, ff. de testa. tut. & l. si ita scripsit. ff. de leg 2. & l. 1. & ibi Bart. de verb. sign.* maxime quia licet fœmina officii tabellionatus, quod publicum est, incapax esset, *vt in l. fœmina. ff. de regul. iur.* tamen poterat nubere viro, qui capax officii est, per quem deseruire posset, & officii munus expedire: cũ multa adiuncti ratione concedantur, quæ aliter non permitterentur, *l. si communem, vbi casus not. ff. quemadmod. seruit. amit.* tex. notabilior *in c. in vitoris,*

de Iudæis, & notabiliſſimus *in c. cum dilectus, de iure patron.* Sic etiam communitatis, & coniunctionis ratione, nō priuilegiatus vtitur priuilegio ſocii, *glo. in l. fin. C. de muneri. non continuan. inter par. & fi. libr. 10 tradit Chaſſaneus conſ 66. num. 25. & plura tradit Iaſon in l. 1. C. de tranſact.* vbi inquit, quod connexitas operatur ampliationem priuilegii. Sed aduerſus filiam nominatā, ad huiuſmodi officium obtinendū, tenor Regiæ conceſſionis, & forma principalis beneficii, in qua filii mentio fiebat, tum etiam qualitas ipſius conceſſionis, cuius fœmina eſt incapax, e contrario obſtabant. Quare licet regulariter maſculinum concipiat fœmininum, ea tamen regula procedit, vbi materia eſt indifferens, quæ ſ. ſcilicet, maſculis & fœminis æqualiter conuenit. Ceterum in materia differenti, quæ non ita conueniat, non procedit Regula, & tunc maſculinum non comprehendit fœmininum. Ita Dd. communiter, & ibi late Iaſon *in l. ſi quis id quod ff de iuriſd. omn. iudic. tradit Gozadinus conſil. 89. num. 7. Cephalus conſil. 53. n. 79. vol. 1.* & Gabriel aſſerens communē ſententiam, *lib 6. comm. opinion. ſub tit. de verbor. ſignific. concluſ. 6 ex n. 49.* Vegetat, quia cum officium tabellionatus publici, virile ſit & in fœminam cadere non poſſit, quia publicum eſt, & fide, & exercitio fori contineatur, vtiq; a fœminis exercere non poteſt, quæ tum propter honeſtatem ſexus a foro, iudiciiſque arcentur, tū etiam quia fœminæ ab omnibus officiis ciuilibus, vel publicis remotæ ſunt. *l. fœmina ff de reg. iur. tex. in l. 2. ff ad Vellean.* vbi I. C. dicit, quod ciuilia officia fœminis adempta ſunt, & intellige ciuile officiū ſiue ſit publicū, ſiue priuatum, *vt ibi. & l. 1. cum gloſ. verb ciuilia C de profeſſ. & medi. lib 10.* Quare cum officium tabellionatus fœmina exercere non poſſit, cum fœminæ non conueniat, vtique vero ſimile non eſt, Regem concedentem alicui officium tabellionatus, eique tribuentem facultatem, vt poſt mortem ſuam nominet vnum filium, voluiſſe, vt filiam nominaret, filioq. maſculo prætermiſſo, eam præeligeret. Suffragatur huic reſolutioni Baldi ſententia, *in cap. ad audientiam, in 1. not. ſine inefficie, de reſcript.* vbi inquit, quod in materia officiorum maſculinum non comprehendit fœmininum. Sequitur Decius, *in l. fœmina ff. de reg. iuris n. 121 verſ. 8. Sequitur Iaſon, in d. l. ſi quis id quod. num 4. & Gabriel, vbi ſup. n. 55.*

22 Ex † quo eleganter in propoſito infertur, quod ſi Rex conceſſerit alicui, vt ex ſuis bonis poſſit maioratū cōſtituere, in vnum ex filiis ſuis, ex vi & forma huiuſmodi conceſſionis non poterit pater conſtituere in perſona filiæ, *vt in Greg. Lop. glo. ... Angeres in l. 3. tit. 13. Part. 6. & ... in l. ... tit. ... Partit. 2 in gl. verbo Hijo varon.* Sequitur Pelaez in tract. de *Maiorat. 1. parte, quæſt. 16. ex numero 2.* Facit vltimo quod ſupra diximus, quoniam quod maſculinum concipiat fœmininum, id non venit ex proprietate ſermonis, ſed per interpretationem, extenſiuam & impropriam, *vt diximus, numer. 18.* Quare hæc interpretatio extenſiua, & impropria facienda non eſt, vbi propria, & vera ſumi poteſt, *l. 1. §. qui in perpetuum, ff ſi ager vectig. el.* Quamobrem cōcludebam, patrem, ex vi facultatis ſibi a Rege cōceſſæ, denominando, ſeu eligendo filio ad officium, non potuiſſe filiā nominare filio omiſſo, quoniā beneficia legū, & cōceſſiones, capacib. & non incapacibus, data, debent cenſeri. *Pelaez. in d. tract. de Maiorat. q. 48. 1. parte, ex n 33.* vbi allegat tex. *in l. Lucius. § Emtius Titius damn ff. de leg. 2.* Apud nos tū quotidie huiuſmodi officia ſolent Chriſtianiſsimi Reges parentibus pro dote filiarū concedere: ſeu ipſis filiabus pro his, qui eas in vxores duxerint. Et ita in propoſita ſpecie Senatus cenſuit pro filia.

23 Quod † autem attinet ad legem noſtrā, ego exiſtimo, legislatorem in ea iuxta iuris gnomonē proceſsiſſe, cum animaduerto in hoc §. 6. non ſimpliciter loqui in emphyteuſi conceſſa pro vno filio nominando, ſed magis in conceſſa pro marito, & vxore, & vno filio ex eis nato, eligendo, in qua ſpecie fœmininam nominari poſſe, verum arbitror ex auctoritate Baldi ita reſoluentis, *in l. quoties. Codic. de fideicommiſſ.* vbi firmat emphyteuſin fœminæ cōceſſam, & filiis ſuis non minus filiabus, quam filiis maſculis deberi, ſequitur Aretinus, & Socinus *in l. Gallus. §. nunc de lege ff de lib. & poſthum. cum Anchar. conſil. 336. probat Rubeus, conſil. 22. numer 11 Lozes, in l filius familias. § Diui, ff. de legat. 1. ante numer. 68. & ibi Crotus, 11. Zerchardus, C. de edicto Diui Adria. n. 77. dubium tamen.* Nec mirum. quoniam licet feudorum natura fœminas reſpuat, & a ſui ſucceſſione ſubmoueat, *vt in cap. 1. §. hoc autem. ... feud. dare poſſ. & in capit 1. §. ad filias, de ſucceſſ. feud. Decius in l. fœmina, numer 64. & ibi Cagnol. numer. 2 ff. de reg. iul.* nihilominus tamen ſi a principio fœminæ feudum reperiatur conceſſum, repelli ab eius ſucceſsione fœminæ non poſſunt, *tex in c. 1. de natur. ſucceſſ. feudi Afflictis, in cap. 1. de ... feud. col. 1. Curtius lib. feudo. 3. parte, nu. 3. pag. 211. Guido Pa. in c. Raynus verbo. duas habens nu. 14 fol. 19. de teſtam.* Quamobrem iure optimo legislator ſtatuit, in hoc § 6. emphyteuſi conceſſa pro marito & vxore, poſſe filiam nominari, aut neptem. Vnde cum ſummo iudicio Pinellus, & Valaſcus, noſtri huius legis diſpoſitionem perpenderunt, in fauorem Salyceti, contra communem, receptam ſententiam, quæ quando emphyteuſis ſub hac forma, & in numero ſingulari, pro vno filio fuit conceſſa, defendi recte poteſt, ex his quæ ſuperius diximus. Verū etſi teneas contrarium, amplíabis Salyceti ſententiā loquentis in emphyteuſi pro filio nominando, in numero ſingulari conceſſa, vt etiam procedat, in emphyteuſi conceſſa pro filio nominando in numero ſingulari. Ex quo fatendum eſt, legem noſtram, & in hoc § 6. neutram opinionem iuuare: quoniam ſolum loquitur in emphyteuſi fœminea, hoc eſt, a principio fœminæ conceſſa, ad quā etiam ſtante cōmuni reſolutione (quæ habet, ad emphyteuſin pro filiis conceſſam, nō poſſe filiam nominari) poſſe eligi fœminam. Nominatim reſoluit, Curtius, *a. 3 parte feudo. ſub n 3.* ex auctoritate Anchar. *conſ 341.* vnice reſoluentis, ad huiuſmodi emphyteuſin fœmineam admittendas fore fœminas, alias a conceſsione pro filiis ſubmouendas.

24 Quod † argumento, ſi contingat emphyteuſin a fœmina concedi, quemadmodū plerumq; fit, cum Abbatiſſæ Monaſteriorum, ſeu monialium, quæ, bona, quæ habent, in emphyteuſin pro filio nominando, concedunt, vtique hoc idem reſpondendum eſt, vt filia nominari poſsit. Non minus enim hæc fœminea emphyteuſis nūcupari poteſt, quam illa, quæ a principio fœminæ eſt conceſſa. Nam in hac re maxime concedentis mentem & intentionem attendimus, ac proinde ne ſuum ſexum fœ-

mina

mitra concedens, neglexisse videatur, interpretandum est, voluisse fœminas elegisse, *ex multis congestis a Tiraquell. in l.5. Connubiali, n. 26.*

25 Verum † hic sese offert vtilis admodum, & notabilis quæstio, *an exstantibus filiis masculis, possit parens filiam nominare?* Et videtur quod non. Argument. text. *in capit. 1. §. filia vero, de success. feud. & in cap. 1. Episcop. vel Abbat.* vbi licet secundum tenorem inuestituræ, fœminæ cum masculis pariter ad successionem vocentur, nihilominus masculi præferuntur, quasi fœminæ tunc demum vocatæ videantur, quando non exstabunt masculi, *tradit Guilhelmus in cap. Raynutius. de testament. verbo duas habens filias, nnmer. 65. Socinus libr. 2. consil. 19. numer. 5. Curtius lib. feudo. 2. parte, quæst. 4. ante numer. 10. & 3. parte post nume. 3. tradit Romanus consil. 1. in princip. Alexan. lib. 1. consil. 29. nu. 5.* Vbi additio plures refert, *& consil. 50. nu. 22. & 27. eiusdem additionis auctor. & Couarru. in §. 2. cap. Raynutius. & Melchior Pelaez lib. 2. de primog. q. 6. nu. 27. col. 2. versic. & quando.* Sed contrarium obseruandum est, ex Bartoli auctoritate *libr. 1. consil. 60.* in specie resoluentis, ad emphyteusin concessam pro filiis masculis, & fœminis, pariter fœminas, cum masculis succedere, ex regula l. *maximum vitium. C. de liber. præter. idem Bartol. in l. vt iurisiurandi §. liberi, ff. de oper. liber. Salycetus in l. 2. C. de iure emphyt. quæst. 17. & ibi Iason numer. 187.* Couarruu plures referens, & & asserens esse communem, *in cap. Raynutius. §. 2 n. 2. de testa.* Quę in casu huius §. 6. extra cõtrouersiam est, quoniam nõ minus in fauorem filiarum, quam masculorum, marito & vxori emphyteusis, & pro vno amborum filio nominando, concessa est: in qua specie terminus ille, *Dantrambos*, æque fœminas, atque masculos complectitur. Et propterea legislatori placuit, parentes posse filias, omissis filiis masculis nominare, ibi: *Podera nomear hum de seus filhos, ou filhas, qual elle quiser.* Quæ verba inter filios emphyteutæ liberam concedunt eligendi potestatem: & facit intentioni concedentis parens vnam de filiabus nominans omisso masculo, quemadmodum, & grauatus restituere vni de familia, si restituat, exsistenti in remotiori gradu, ꝑtermisso exsistẽte in proximiore, vt habetur *in l. cum quidam, & l. vnũ ex famil. ff. de leg. 2. Socin. consi. 227 col. 2. & 4. Decius cons. 214. nu. 14* & colligitur plane ex *l. filiusfamilias 117. §. cũ pater. ff. de leg. 1. d. l. vnũ ex famil. §. sed si fundum.* Quo argumento idem est dicẽdum in grauato nominare vnum de filiis, vt possit gratificando filiam nominare, vel filium iuniorẽ omisso maiore. Nam quemadmodũ in illo casu, heredi restituere vni de familia conceditur, exsistenti in vlteriore gradu, quod magis est: ita in casu nostro parenti indulgendum est, posse nominare filiam, vel iuniorem filium omisso maiore. Gradus enim prærogatiua omnes alias præcedit.

26 Nec † obstant iura supra in contrarium adducta, quoniam in feudis tantum procedunt, quorum rigor, & obseruantia, consuetudinaria est, ad emphyteusin nullatenus extẽdenda, vt Bart. & alii supra citati ꝓbant, resoluẽtes proinde in emphyteusi aliter fore respondendam, quoties statuto, aut consuetudine masculus excludit fœminam, quoniam eo casu secundum eam obseruantiam statuti aut consuetudinis, emphyteusis concessa, & necessario interpretanda videtur, vt sic ordine successiuo fœminæ vocatæ censeantur, quod tradit Iulius Clarus, *lib. 4. recept. sent. §. emphyteusis, quæst. 32. n. 2.* Quæ vtilis est resolutio, in his regnis, pro bonis patrimonialibus, vulgo, *Reguengos*, nuncupatis, ad quorum successionem, in nonnullis regni partibus, fœminis ex consuetudine aditus, intercluditur, exstantibus masculis, quod obseruauit Bartol. *in l. heredes mei. §. cum ita col. 2. ff. ad Trebell. & in l. vt iurisiurandi. §. si liberi. ff. de oper. libert. col. 1. Alexan. lib. 1. consil. 27. Buttigella, in l. stipulatio hoc modo ff. de verbo. oblig. n. 21. cum seq. Rubeus, cons. 47. nu. 3. & 5. & Valascus, q. 41. sub n. 4.*

Vlterius † ad emphyteusin concessam ꝑ filiis, fo- 27
re audiendam filiam nostri passim Auctores resoluunt. Latius etenim hæc vox, *liberis*, quam *filiis*, patet, vt docet Iurisconsult. *in l. quod si 6. ff. de testament.* vbi qui liberis tutorem dedit, & nepotibus dedisse, responsum est, non sic, si filiis tutor detur, tex. *in l. 1. C. de cond. insert.* vbi substitutio facta fuit, si sine liberis heres decederet, & satis esse nepotem ex familia reliquisse, Imperator scripsit, ea scilicet ratione, quia & liberorum appellatione ipsamet filia continebatur. Aliter ex ea natus substitutũ non excluderet, ex regul. *l. si vna matre. C. de bon. mater* & plane deducitur hæc traditio ex verbis Vlpiani, *in l. cognoscere. 56. §. liberorum. ff. de verbor. significat.* ibi, *Liberorum appellatione continentur non tantũ, qui sunt in potestate, sed omnes qui sui iuris sunt, siue viriles, siue fœminini sexus sint, ex fœminino sexu descendentes.* Ex quorum iurium auctoritate, hæc sane sententia recepta est, vt est videre per Bald. Alexan. & Iason *in l. sed si hac. §. liberos. ff. de in ius vocan. Ancharan. consil. 125. Alex. lib. 1. consil. 80. col. fin. & consil. 61. eod. lib. & libr. 2. consil. 113. & 204. colum. 2. Corneus, consil. 74. lit. 5. vol. 1. & lib. 4. consil. 233.* concordat Riminaldus, *lib. 1. consil. 180. Decius in l. vt liberis, in princ. C. de collat.* & quam plures referens Carol. Mol. *in consuet. Parisiens. §. 12. ante n. 13. Iason in l. maritus. C. de procurator. nu 5. Decius in l. fœmina ff. de reg. iur. nume. 105. Thom. Grammati. in §. fin. Institut. qui testam. tuto. da. poss. n. 27. Soci. nepos lib 3. consil. 104.* & *libr. 1. consil. 1. nu. 117.* limitans, si fiat mentio masculorum. *Zuchardus in l. fin. C. de ed. Diui Adr. toll. n. 76 & Valasc. q. 41. n. 3.* intelligens non esse constituendã differentiã inter concessionem pro filiis, & pro liberis, quam tamen cõmunis Schola vtriusq; censuræ facit. Neque lex Regia adducitur, quæ cum loquatur in emphyteusi fœminea, in solidum viro & vxori concessa, non video, qualiter in vulgare idioma, & vernaculum sermonem, *concessio pro liberis*, verti possit, vt differat ab emphyteusi pro filiis data: non enim vocem habemus aliquam, verbum, *liberos* exprimentẽ. Quare in his Regnis vix præscripta differentia obseruari põt. Nisi dixeris, concessionem pro liberis, nõ differre ab ea, ꝑ quam emphyteusis pro generatione cõcessa est. Quæ etiam in his regnis concessio in vsu est, his verbis concepta, *Damos, & concedemos pera vos, & pera toda vossa voz, & geracano,* quæ inuestituræ forma, filias quoq; comprehendit, *vt pulcre tradit Paulus. consi. 316. lib. & cons 300 eodem lib. quem ad hoc refert, & sequitur Carol. in consuet. Parisiens. §. 12. nu. 3. Iul. Clar. lib. 4. recept. sent §. emphyteusis q. 37. in fine.*

Quod † nec obtinet in concessione pro descen- 28
dentibus, vel posteris, *ex Paulo Castr. in l. 1. C. de condictio. insertis, n. 4. Decius in cap. nonnulli de iudiciis num.*

3. Couar. & aliis quorum meminit Pinell. in l. 3. C. de bon mater. nu. 32. verſi. infertur quinto, & diximus in tract. de nominat. emphyt. q. fin. n. 42. & tradit Gozadi. *conſil. 20. n. 7. cum ſeq.* communem limitans in conceſſione pro filiis, & heredib. quia hic terminus, *heredibus*, eſt vtriq; ſexui cōmunis. Vel etiam in conceſſione, *pro heredibus, & ſucceſſoribus*, ſequitur Pinellus. *d. l. 3. C. de bon. mater. n. 33. verſi. duram & Valaſc. d. q. 41. n. 3. ad finem. verſi. limitabitur autem*, quibus addo Thomam Grammaticum, *in §. fin. inſtit. qui teſta. tuto. dar. poſſ. n. 26.*

29 Limita † etiam communem, vt non procedat in conceſſione facta pro filiis vtriuſq; ſexus, quoniam pariter comprehendit mares & fœminas, niſi conceſſio ſit feudalis, quæ propter naturam feudorū, fœminas ordine ſucceſſiuo includit, *vt notabiliter explicat Carolus, Mols. in conſi. 59. nu. 22. & 27. & Pariſius lib. 1. conſi. 12. a n. 2.* ex quibus & aliis traditionibus, quibus auctores noſtri fœminas includi reſoluūt, l. Reg. *in hoc §. 6.* eſt amplianda & reſtringenda ſane, niſi adiiciatur, verbū maſculinum ſexum demonſtrans, vt contingit, quando marito & vxori, filiiſq; eorum maſculis ſeu deſcendentibus, propinquis, emphyteuſis conceſſa reperitur, quoniam tunc fœminas excludi certum eſt, ex auctoritate Pauli *in l. maritus C. de procuratoribus. Alex. num 3. & Socin. 4. in l. Gallus §. nunc de lege. ff. de lib. & poſthum.* Concordant & plures alii, quorum memor hanc teſtatur eſſe communem ſententiam Pinellus *in l. 3. C. de bon. mater. n. 29* & Valaſcus, *q. 41. n. 3. verſic.* quod ſi intelligens ſufficere, in aliqua parte cōceſſionis, fieri maſculorum mentionem, & plures refert Molina, *lib. 1. de primog. cap. 6. nu 38* & nos latius *lib. qq. forenſ.* diſſeremus, quicquid Iaſon & Pinellus docuerint.

30 Sed † *an excludantur nepotes ex fœmina*, quæſtio eſt, a Paulo Caſtr. tractata *lib. 2. conſil. 60. nu. 4.* reſoluente, excludi. ſequuntur, poſt alios Iulius Clarus, *lib. 4 §. emphyteuſis, q. 36. & Pinell. in l. 3. C. de bon. mater. num. 19.* per regulam text. ibi, quatenus probat, non oportere melioris conditionis eſſe nepotem, quam matrem, illum gradu præcedentem. Cōcordat Alciat. *in l. liberorum n. 11. ff. de verb. ſig. & ibi Bartol. n. 14. & 16. idem Barto. in l. 2. §. videndum, in fin. ff. ad Tertyll. & cum Specul. Mandellus conſil. 86. poſt n. 5* & eſt recepta ſententia, *teſte Bruno. de ſtat. excluden. fœm. artic. 6 n. 89. & art. 12. n. 235.* a radice enim infecta profiſciſcitur, quæ nequit melioris conditionis eſſe, quam ipſa radix. Licet contradicat Valaſcus *de iure emphyt. q. 41. n. 5.* cuius ſententia defendi cōmode poteſt, vbi emphyteuſis fuit ſimpliciter conceſſa pro filiis, & nepotibus maſculis, ſeu pro deſcentibus maſculis. Verum eſt n. deſcendentium maſculorum nomine, etiam nepotes ex filia procedentes cōtineri, ſiquidem maſculini ſunt. & deſcendentes, ſeu nepotes. Vt ducet Imperator, *in authen. de hered. ab inteſt. venient. §. 1. & 2. coll. 9. Carol. in conſ. Parſ. §. 16. nu. 7. ad fi. & Mandellus conſil. 86. per tot.* quia tamen loquuntur in teſtamentaria diſpoſitione, contrarium obſeruandum cenſentes in emphyteutica conceſſione, *vt per Carol. ibidem nu 10.* ex tacita concedentis intentione, qui agnatis tantum, nō cognatis voluit prouidere. Vnde in caſu l. noſtræ, ſi emphyteuſis marito & vxori concedatur, eorumque deſcendentibus maſculis, vtiq; remoueri nepos ex filia non poteſt: quia etiam cognatis prouiſum fuiſſe cenſetur eo ipſo quod a principio fœminæ fuit emphyteuſis conceſſa. *Carol. d. §. 16. nu. 10.* Aliter vbi maſculino ſexui tantum dominus prouidere voluit, & deſcendentibus per lineam, vtiq; quæ matri nocent, & eius filio nocere debent, *l. in his ff. de re iudic. l. aliud §. fin. & l. nemo plus ff. de regul. iur. ii.* maxime cum filius vna perſona cum matre eſſe cenſeatur, *l. cum ſatis. C. de agric. & cenſ. lib. 11.* iunctis his, quæ aduerſus nepotem ex filia, a ſucceſſione ſubmota, lato ſermone tradit Somnium Viridarii, *de poteſt. Eccleſiaſt. cap. 187. libr. 10. tractat.*

31 Vlterius † *an appellatione maſculi veniat fœmina?* vide late Thom. Grammati. *in §. fin. poſt Angel. ibidem & alios. Inſtit. qui teſt. tuto. dar. poſſ. a n. 9. Zuchard. in l. fin. C. de edicto Diui Adrian. toll. a num. 49. Menoch. lib. de retin. poſſ. remed. 4. a num. 61. Quintilian. Mandoſ. in regul. Cancell. 19. q 3. Corneus conſil. 96 cum ſeq. libr. 3 & lib. 4. conſil. 233. & 275. Brunell. de ſtat. exclud fœm. art. 5. a n. 69. & a num. 76. Cornu in memorabil. verbo, maſculinum. Tiraq. lib. 1. retract. §. 1. gl. 9. a n. 177.*

32 His † præmiſſis notabilis exoritur quæſtio, *an hæc lex noſtra in hoc §. 6. locum obtineat in emphyteuſi Eccleſiaſtica?* Et habito pro conſtanti, emphyteuſis conceſſionem, in fauorem filii nominandi, non comprehendere filiam, vt illa nominari poſſit, *vt diximus, & probat communis ſcribentium reſolutio, ob ſeruandum emphyteuſi conceſſa pro filiis:* conſequens eſt, Ordinationem hanc, quatenus ſancit, nominari poſſe filiam, ad Eccleſiaſticam emphyteuſin referri non poſſe: quam lex ciuilis ligare nō poteſt, eadefectu poteſtatis ſecularis, *per not. in cap. quæ in Eccleſiarum, de conſtit. vbi alios Felinus numer. 95. & Pariſius libr 1. conſil. 12. num. 49 cum Cardin. conſil. 2.* qui reſoluunt, legem temporalem, habilitantem fœminas ad ſucceſſionem emphyteuticæ conceſſionis, non comprehendere emphyteuſin Eccleſiaſticam. Quod ita reſpōdiſſe aliquādo viros doctos comperimus, quorum ſententiæ ego aſſentire non poſſum, cum animaduerto, hanc legē loqui in emphyteuſi fœminea, & a principio fœmineæ cōceſſa. Quare filiæ, aut nepti huiuſmodi emphyteuſis neganda nō eſt: ad q̃ Eccleſia concedens, voluit fœminam nominari poſſe: Ideoq; communis vſus & obſeruantia, legem noſtram in emphyteuſi quoq; Eccleſiaſtica locum obtinere interpretatur.

33 Vt † interim omittamus, minus receptā traditionem, quæ habet, emphyteuticam conceſſionem pro filiis obtentam, fœminas includere, vt diximus *ſupra num. 17. & 18.* & in Eccleſiaſtica emphyteuſi tradiderunt, Andr. de Iſern. *in cap. 1. de ſucceſſ. feudi & ibi Afflictus, num. 130. idem Afflictus. in cap. 1. §. 1. n. 14. de grad. ſucceſſ.* Quæ ſententia in his Regnis, eo magis defendi poteſt, quod pro modica quadam penſione concedi emphyteuſis ſolet, quæ a fœmina, nō minus, quam a maſculo perſolui pōt: qua ratione, a ſucceſſione ſubmouenda non eſt, quemadmodū neq; a feudali, ſi pecuniariū ſeruitium erit præſtandū, *vt tradunt Bald. col. 1 & Præpoſ. in cap. 1. §. 1. Epiſcop. vel Abbatem. Pariſius lib. 1. conſil. 12. n. 23. & 27. Curt. ſenior conſil. 49. nu 3. & Afflictus, d. §. 1. n. 13.*

34 Vlterius †, vbi Eccleſiæ ceſſat præiudicium, lex ciuilis admittens, vel reſpuēs fœminas ab emphyteutica ſucceſſione, Eccleſiaſticā emphyteuſin cō-

prehen-

prehendit, *Felinus, in cap. quæ in Ecclesiarum, nu. fin. de constitut.* quod ita concludunt Anchar. *consi. 125. & 433. Decius consil. 139. nu. 2. & in l. ex conuentione, nu. 9. C. de pact. versic. & in authent. Cassa, & irrita num. 4. C. de sacros. Eccles. & in d. c. quæ in Ecclesiarum, de constitutio n. 6. Parisius lib. 2. consil. 4. numer. 146. & consil. 12. n. 42. cum seq. & consil. 31. num. 6. & consil. seq. nu. 19. Rochus in cap. fin. de consuetud. fol. 77. numer. 3. & fol. 108. numer. 34. Bartol. lib. 1. consil. 14. col. fin. Sylmanus consi. 9. nu. 8. Tiraq. libr. 1. retract. § 1. gloss. 13. nu. 8. cum seq. tradit Valascus de iure emphyt. q. 17. num. 12.* Quorum traditio, in terminis nostris præsertim admittenda est, in quibus per fœminarum inclusionem iuris communis dispositioni magis accedimus, per quam in succedendo non est deterior conditio fœminarum, *per ea quæ habentur in l. maximum vitium. C. de liber. præterit. vel exhered.* quo argumento vtitur in proposito Parisius *lib. 4. consil. 25. n. 30. cum sequent.*

35 Præterea † Ecclesiæ concessio, secundum hanc legem Regiam interpretanda est, quoniam secundum leges patriæ, & consuetudinis obseruantiam censetur contraxisse, *vt tradit Boerius consil. 10. n. 11. & n. 8. Brunus, de statu. exclud. fœmin. art. 8. a num. 106. Corn. lib. 3. consil. 95. n. 2. & consi. 138. post nu. 2. Rubeus, consil. 70. Rochus, in cap. fin. de consuet. fol. 70. num. 8. & dixi ... in tract. de nominat. emphyteut. quæst. 7. nu. 11.* Quare hæc lex Regia in Ecclesiastica emphyteusi procedit, quo iure vtimur. Id vnum tamē aduerto, huius articuli difficultatem in eo casu persistere, quando homini soluto, nondū vxorem habēti, emphyteusis conceditur, cum potestate nominandi filiū. In qua specie hæc lex nō loquitur: Quare tanquam omissa, secundum iuris regulas & principia decidenda est. Et forte contra filiam, quod nominari non potest, ex communi, quæ habet, in contractibus masculinū genus, nō concipere fœmininum: Ideoq; praxis solet ea verba adiūcere, ad tollendam omnem ambiguitatem: *Para vos, & para hum filho, ou filha dantrambos, & cætera.*

36 Vbi † igitur Ecclesia emphyteusin, aliquo dato, aut retento cōcessit, similiter omnis altercatio cessat, *ex his quæ scripsit Curt. senior consil. 49. nu. 2.* Idem etiam obtinet, quando emphyteusis fuit concessa alicui homini decrepito, aut quadragenario non habenti vxorem, & sic spe procreandæ sobolis carēti, quoniam tunc filiæ iam natæ emphyteusin obtinebunt, *ex his quæ tradit Hippolytus de Marsil. in l. observes n. 10. ff. de quæstio.* Temperanda tamen sunt ista, nisi repugnet Ecclesiæ consuetudo, quæ pro masculis dumtaxat, emphyteusin concedere est solita, quoniam nisi palam pro fœminis concedat, illæ exclusæ censendæ sunt, *vt tradit Curtius lib. feudorum, 2. parte, q. 6.*

37 Sed † iam sese offert vtilis admodum, & notabilis quæstio. *Ecclesia solitam emphyteusin pro masculis tātum concedere, in gratia parentum, propter benemerita, emphyteusin concessit, pro vno filio vel filia nominando, vtrum filiam, omisso masculo, parentes nominare possint, quæritur?* Et pro parte negatiua respondendum fore suadent Bartol. *consil. 59. Roman. 1. in princip.* intelligentes, ad huiusmodi concessionem fœminas ordine successiuo vocatas censeri, in defectum masculorum, tradunt scribentes *in l. Gallus, § 1. ff. de liber. & posthum.* vbi nepos cū filio copulatiue vocatus ordine successiuo admittitur defuncto parēte, q. idem obtinet vbi alternatiua vocatur, *Rubeus, consil. 40. num. 9.* Cessat enim alternatiuæ natura, electionē præstans, *regula in alternatiuis, de reg. iur. in 6.* quādo est posita inter personas, in dispari gradu existentes: neq; resoluitur in copulatiuam, *iuxta l. pen. C. de verborum signi.* Quomobrem inducit ordinem, vt prius nominati sint præferendi, vt contingit *in l. heredes mei. 57. § fi. ff. ad Trebell. & in l. cum pater. § pen. ff. de legat. 2.* vt notabiliter explicat Cumanus, *consil. 107. colum. fin. Molina de primogenius Hispan. lib. 2. cap. 11. a nu. 36. Ruinus consil. 162. n. 8. lib. 1. Couarr. pr. q. q. cap. 38. nu. 4. versi. septimo, & Valascus de iure emphyt. quæst. 50. nu. 16. & 39.* Ex quibus in casu nostro cum esset electio, & masculus primo loco nominatus reperiatur quasi magis dilectus, præualere debet, *ex traditis a Gozad. consi. 90. n. 8.*

Adhuc † Decius *consi. 139. nu. 3. & in regula fœmina, nu. 64. de regul. iuris,* vtiliter resoluit ad concessionem factam pro masculis & fœminis, masculos antepenendos fore, quoniam fœminæ ordine tantum successiuo, videntur vocatæ, *Alexand. libr. 5. consi. 3. Aretin. consil. 162. n. 10. ad fin. Iacob. de fund. ... & fœminis, col. 2, Parisius Late. lib. 1. consil. 9. a nu. 30. & consil. 12. a nu. 2. & consil. 21. nu. 8. & consil. 23. num. 49. Gozadin. consil. 90. nume. 3. Socinus iunior, lib. 1. consil. 71. numer. 10. & 29. & lib. 4. consil. 79. numer. 9. Couar. lib. 3. resolutio. cap. 5. ante numer. 6. versic. septimo, ad eiam, Gregor. Lopez. in l. 3. titul. 13. part. 6. gloss. 2. col. 2. ad fin. Zuchardum, in l. fin. C. de edicto Diui Adriā. toll. n. 19. Mandos. in regul. 32. quæst. 21. n. 5. Menochius consil. 2:8. Curtius, de feud. 3. parte, n. 18. cum seq. Aurpachius, lib. 1. Epistol. 3 pag. 3.* licet Corneus *lib. 3. consil. 37. n. 2.* cōcludat omnes æqualiter admittendos fore. Quæ resolutio, in concessione pro filius, vtriusque sexus, probabilis est, quia non cōstat masculos prius vocatos, *ex Parisio. consi. 12. a num. 2. vol. 1.* vel etiam in concessione, quod masculi cum fœminis succedant, *vt ibidem tradit a nu. 16. Aurpachius vbi supra, & Molin. lib. 1. Maior. ca. 6. numer. 11. cum sequent.* Quæ etsi in feudis procedant, argumentum tamen præstant ad emphyteusin, vt illa prius masculis, deinde fœminis concedenda sit, siue alternatiue, siue copulatiue vocatæ reperiantur. 38

39 Quod † & in Maioratib. & regnorū successione obseruandum est. in quibus mares fœminis in eodem gradu existentib. sine vlla controuersia præferuntur. *Secundum Bald. in l. in multis ff. de stat. hominum. & in l. 1. ff. de Senator. Roma. consil. 98. & Ioannes Lupus, in Rubr. de donat. inter vir. & vxorem. § 69. nume. 24. Guido Papa q. 16. & sing. 522. & Paulus Parisius consil. 32. num. 8. vol 4. Couar. lib. 3. Variar. cap. 5. numer. 5. & nouissime Michael ab Aguirre in responsis de success. regni Portugall. 2. parte Apologiæ, num. 129.* Cuius sententiæ ea ratio est, quia vbi lege aliqua vel consuetudine, bona primogenito deferuntur, ad ea nō admittitur filia primogenita, excluso masculo, etiam postremo genito, *vt expressim obseruant Petr. de bella per. & Iacob. de Aren. in l. pater. § quidam decedens. ff. de legat. 3. Natta consil. 676. n. 38. vol. 4. Roland. consi. 58. nu. 74. lib. 3. Ioan. Faber in § ceterum. Instit. de legit. agnat. successione. Decius in l. fœminæ, num. 105. ff. de reg. iur. ... Abb. in cap. dilectis. num. 1... de arbitr. Tiraq. de primog. q. 10. numer 18. Molin. de primogen. libr. 3. cap. 4. Bargas de pace in proœmio leg.*

Tauri n.66. Auiles in proœmio legum prætorum, versicul. Rema, nu 3. & 4. & Iacob. Simanchas, de primo. Hispan. cap. 9. & c.22. Anton Gomez in l. 40. Tauri, nume 8. & 62 Idemque obtinet, masculis, & fœminis in diuersis lineis simul concurrentibus: nam masculus præfertur fœminæ, nulla adhibita prærogatiua lineæ, dummodo omnes ab eodem stipite proueniant, *Curtius in tract. feudo. 1. parte nu. 25. & Isernia tit. de eo, qui sibi & hered. suis, masculi. per tex. in cap. 1. ibidem*, & idem probat Michael ab Aguirre *vbi supra 1. parte Apologiæ, n. 209.*

40 In † prædicta etiã concessione plurimũ ordo scripturę suffragatur, *vt tradit Paul. Parisius lib. 2. consil. 18. n. 73. Bonius de Curtili lib. de nobilit. 3. parte, nu. 16. cum seq. Mandosius in regula Cancellar. 16. q fin. Marantu 3. parte, nu. 108. pag. 66. Peralta, in l. si quis seruum, §. certum, nu. 3. ff. de leg. 2.* & ibi est tex. ib, *cum primum legatum est.* Ex quibus superior videtur probabilis sententia, & tenenda, eo casu, quo Ecclesia solum pro masculis emphyteusin concedere solita est. Nam tunc, *vt diximus*, concessio, pro filiis, ad solos masculos ptinet. Quapropter vbi fœminæ vocantur, nun exstantibus masculis vocatæ, censeri debent. Et hoc est, quod voluit Baldus *in c. 1. de beneficio fœmi.* & Afflictus *in c. 1. §. fin. quid sit inuestit. nu. 18.* vbi ad feudum fœmininum audiendas fore fœminas probant, in defectum masculinum. Adstipulatur Pinellus, *in l. 3. C. de bon. mater. n. 33. & Guilhelmus, in cap. Raynutius, de testam. verbo duas habens, nume. 64. cum seq. Socin. lib. 2. consil. 19. num. 5. Curtius de feudis, 2. part. anten. 10 & 3. parte, post nu. 3.* Vnde cum fœmina propter masculos repellitur, censetur veluti substitura, masculus vero vt institutus, *Alex. hac. consil. 121. incip. hæc quæstio. sequitur Brunus, in tract. quod exstan. mascul. art. 11. n. 98. fol. 90. Aguirre, 2. parte Apolog. n. 178*

41 Sed † prædictis non obstantib. contrarium mihi semper verius visum est: quoniam in his Regnis, nihil prorsus obstat fœminis, quominus, ad obtinendam emphyteusin capaces sint: siquidem non minus quam masculi soluere annuam pensionem, dñi directi possunt. Qua ratione cum vocatur, pariter succedere cũ masculis debent, nõ ordine successiuo, *vt tradit Paul. Paris. lib. 1. consil 12. number. 23.* Tum etiam, quia in his Regnis fœminæ nõ minus, quam masculi, ad emphyteuticam concessionem admittuntur, *vt hoc §. 6. sancitum est, & supra tit. 36. §. 3* Quocirca cum emphyteuticæ successionis fœminæ capaces sint, durioris cõditionis censeri nequeunt *l. maximam vitium. C. de lib præter. Bartol. in l. vt iurisiurandi. §. liberos. ff. de oper. libe. Parisius lib. 1 consil. 12. nu. 29 & consil. 21. n. 13. Couar. in cap. Raynutius §. 2. de testam. fol. 324.* nisi statuto, aut consuetudine, masculos præualere obseruetur. Nec Ecclesię consuetudo per quam solis masculis emphyteusin concedebat, obesse potest: siquidem a consuetudine recessum fuisse constat, cum fœminæ vocatæ reperiuntur: neq; ea consuetudo attendenda est, nisi cum dubia sunt, & ambigua concessionis verba. In claris enim cessat omnis coniectura, *l. continuus §. cum ita. ff. de verbo. oblig.* Nec obstant quæ adduximus *supra n. 38. & 40.* argumenta, de p̃latione masculorum, & de ordine scripturæ obseruando, quasi fœminæ ordine successiuo vocentur, quoniam procedunt, quãdo copula ponitur inter personas gradu & affectione dispares, vt in *d. l. Gallus. § quidã recte*, omnes docẽt p tex. ibi. Quæ ratio cessat in casu nostro. in quo emphyteuta nominatus a domino capit. nõ a parente, *l. ex ii cons. militia. §. 1. ff. de leg. 2.* qui non magis hos, quam illos diligit: siquidẽ extraneus est, in quo dispar affectionis ratio cõsiderari non potest. In quo conuenit dixisse a Pinello *in l. 2. C. de bon. mater. n. 10. vers. sed in ea quæstione.* vbi parentis, nõ dñi directi affectionem fore attendendam voluit. Caue tamen etiam ab eodem Pinel. *in l. 3. C. de bon. mater. n. 33. vers. pro quo iu.* qui perperam intelligit hanc legem Regiam, in hoc §. 6. negare filiam nominari posse, quãdiu exstat masculus, quod verum non est.

Denique † vt omnis dubitatio tollatur, prassis nouam concedendi emphyteusin formam adinuenit, per quam omnis disputandi occasio extinguitur. Solent n. pragmatici, his verbis conceptam formulam cõminisci, [illegible] filho ou filha dantre ambos, que o derradeiro que morrer nomear, &c. id est, [illegible] filio, vel filiæ vtriusque, [illegible] qui superstes [illegible] fuerit, nominauerit, seu elegerit. Vel ita: E para hum filho, ou filha dantre ambos, o qual o non nomeando, para [illegible] outra pessoa, que o derradeiro, que [illegible] nomear [illegible] &c. id est, filio, vel filiæ vtriusque, [illegible] vel quam [illegible] superstite vni alii personæ quam postremus superstes nominauerit Per quæ verba datam esse inter filios nominandi facultatem, iam supra probauimus. 42

Intellige † autem parentem posse de filiis eligere, quem maluerit, citra vllam sexus aut ætatis prærogatiuæ considerationem, vt ibi a legislatore sancitum est, *hum dos seus filhos, ou filhas, qual quiser. cõiuncta l. cum quidam ff. de legat. 2.* habetur *in l. si quis seruum, 8. §. si mater anos. ff. eodem tit.* ibi, *eligere habet heres, cui sit uat.* In quo lex hæc Regia notabilis est, quoniam loquitur in emphyteusi, & sic re indiuidua vni restituenda, quam sibi adiudicari filius maior poterat prætendere, nisi hoc ita statutum fuisset, ex auctoritate eorum, quæ tradit Soarez *in l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testa. amplia. 10 col. 3. Couar. lib. 3. resol. cap. 5. numer. 3. Tiraquell. de primogen. quæst. 17. num sexto.* Sed an possit eligere male meritum, & indignum, tradunt doctores *d. l. cum quidam. & diximus supra c. 11.* Sed an exheredatum tractabimus *cap. seq. q.* 43

ARGVMENTVM.

Tertia persona in emphyteusi an possit nominare: & an nominatus ad emphyteusim grauari possit, vel vt alteri ipsam emphyteusin restituat.

SVMMARIA.

1 *Forma nominandi ad emphyteusin, vel reuocandi nominationem, apposita in prima persona, seu emphyteuta, censetur repetita successiue in aliis emphyteutis.*

Emphyteuta vltimus quando possit nominare.

2 *Nominandi, seu nominationem reuocandi facultas, vel in potentia habebit locum non tantum, quando ea potestas, in contractu, verum etiam in testamento fuerit tributa.*

Ampliatio ad totum capitulum, vt suprascripta procedant, in electione testamentaria.

3 *Nominatus ad emphyteusin grauari nõ potest, quia a nominante non capit.*

Inter-

Interpretatio l. vnum ex familia. §. 1. ff. de leg. 2.

Electus non ab eligente, sed ab eo qui eligendi facultatem tribuit electus censetur.

4 *Substitutus exemplaris in fauorē muti, furiosi, aut mente capti, onere restitutionis grauari nō potest.*

5 *Grauari potest qui honoratur.*

Beneficium Ecclesiasticum submoto omni onere, vel conditione, & libere ab ordinario conferendū est.

Electio, & postulatio, omne grauamen, & conditionem respuit. (quando potest.

6 *Grauamen conditio, vel onus emphyteusi apponi*

Dominium rei quis habere censetur, etiamsi illa restitutioni subiecta sit.

Nominatio contra gratiam. & beneficium.

Argumentum a simili non potest sumi, cum casus sunt dissimiles.

7 *Interpretatio l. si fundum per fideicommissum, 92. §. fin. ff. de leg. 1.*

Pater potest venientes ab intestato filio impuberi grauare, quando substituendo videtur eos honorasse, quos potuit per pupillarem substitutionem submouere.

Pater pro filio impubere potest testari, & codicillos facere, quod si non fecit, succedentes ab intestato vocasse videtur.

Paria sunt dare, & nō admittere, si modo priuare possumus, & n. 9.

8 *Grauare possum quem honoro.*

9 *Emphyteusis acquiritur ex prouidentia hominis.*

Nominans alium, iure proprio, ex pacto, & stipulatione quæsito, nominare censetur.

10 *Interpr. l. vnum ex familia. §. sed. et si fundum.*

Emphyteuta nulla necessitate obstringitur ad nominandum.

Grauari potest, qui iudicio testatoris aliquod commodum consequitur.

Interpret. legis, si arrogator. ff. de adoption.

11 *Necessitas omnem liberalitatem submouet.*

Eligendi necessitas inest, in grauato a testatore.

12 *Confutatur Pauli Castrensis interpretatio.*

Eligendi facultas in fideicommissis est præcisa & absoluta, non caussatiua.

13 *Eligens nihil de suo præstat, præter nudum ministerium, quod in facto consistit.*

14 *Filius non potest grauari, vt alium nominet, aut alii emphyteusin det, sed contra ibi.*

15 *Hypothesis. Vxor heres instituta. a marito, & nominata, ad emphyteusin in testamento quod ipsa approbauit, & grauata. vt emphyteusin, relinquat. vni ex filiis fratris ipsius testatoris, post mortem suam, prout ipsi promiserat, emphyteusin restituere compellitur, & nominare, ac cautionem præstare ad imaginem vsufructuarii.*

Filius præteritus approbans testamentum, & patris iudicium, illud impugnare non potest.

Approbatio, & consensus submouent omnem querimoniam.

16 *Heres approbans testamentum, quod penes se habet non potest allegare ignorantiam contentorum in eo: nec reuocare consensum & approbationem.*

17 *Ratificatio & approbatio generalis testamenti, facta simpliciter de testamento, facta censetur cum omnib. qualitatibus, & conditionib. in eo cōtentis.*

18 *Consentiens alienationi rei suæ ius perdit, ita, & approbans testamentum. (telligenda.*

Verba generalia approbationis, generaliter sunt in-

19 *Nominatus in emphyteusi grauari non potest, & nominatio fit ex iussu, & permissione domini.*

Nominato, vt onus vel grauamen imponi non potest, ita neq; conditio. (posita.

Conditio in fraudē legis adiecta, habetur pro non ap-

20 *Nominatus heres vniuersalis institutus, pōt grauari emphyteusin sibi relictam alii restituere.*

Heredis rem propriam testator legare potest.

Heres repræsentat personam defuncti, & ideo eius factum præstare debet.

21 *Filius familias heres a patre institutus, bona aduentitia a patre alienata, reuocare aut vendicare non potest.*

22 *Heres non admittitur contra factum defuncti licet, res alienata fuerit ipsius heredis.*

Heres non potest reuocare, nec pœnitere, in præiudicium illius cui ex facto defuncti esset ius quæsitum, etiamsi defunctus reuocare potuisset.

23 *Nominatus in re emphyteutica, quando de illius cōsensu, conditio, onus, vel grauamen appositum est, tenetur emphyteusin præstare, & nominantis voluntatem adimplere.*

Consentiens vel permittēs quod alius testetur, vel disponat de re sua, consensum reuocare non potest.

24 *Consentiens sibi præiudicat quando fuit institutus heres.*

25 *Heres non conficiens inuentarium, adita hereditate tenetur omnia per defunctum disposita, in testamento adimplere.*

Heres præsens testamēto, & dispositioni testatoris ordinantis ac disponētis de re propria heredis, si postmodum simpliciter hereditatē adierit tenetur per testatorem disposita obseruare.

26 *Nominatio facta vxori de emphyteusi in testamento in quo eadē heres fuit instituta, transfertur ex titulo nominationis ad titulum institutionis, & sic ad caussam testamenti.*

27 *Testator potest imponere fideicommissum, super re per eum prius donata heredi, quando nominatim, & expresse hoc facit.*

Interpret. leg. sequens quæstio. ff. de legat. 2.

28 *Nominatus, expresse grauaminis consentiens. quamuis ei nihil relinquatur tenetur illud adimplere & debet onus subire.*

29 *Grauamē onus vel conditio licet in legitima filii imponi nō possit tamen si filius consentiat imponi pōt.*

30 *Filius si consentiat se præteriri, vel exheredari, valet testamentum, & filius excluditur a querela, vel a iure dicendi testamentum nullum.*

31 *Subscriptio tantum operatur, quantum scriptura, cum subscriptione.*

32 *Subscriptio generalis, seu approbatio, habens relationem ad specificata in testamento sufficit, & perinde habetur, ac si expresse facta fuisset. (tibus.*

33 *Relatum continetur in referente cum suis qualita-*

Paria sunt quid esse certum per se, vel per relationem ad aliud.

34 *Approbatio & acceptatio generalis testamenti.*

Grauatus per fideicommissum, alteri restituere post mortem, debet cautionem præstare.

35 *Heres grauatus per fideicommissum alteri restituere cogitur, fideicommissario cautionem præstare.*

36 *Vxor nominata in emphyteusi & heres instituta, an possit hereditatem repudiare, & emphyteusin retinere. (rata.*

Emphyteusis res est ab hereditate distincta & sepa-

37 *Heres semel, amplius desinere esse heres non potest.*

Hereditas aditur sola animi destinatione, propter quam quis efficitur heres.

Hereditas aditione, heres patrimoniorum efficitur.

39 *Heres adeundo hereditatem, tenetur obseruare ordinata per testatorem.*

40 *Heres institutus hereditatẽ repudiare potest & prelegatum accipere.*

41 *Hereditas semel apprehensa repudiari non potest.*

42 *Vxor a marito instituta & grauata emphyteusin alii dare, hereditatem repudiare non potest interueniendi fideicommissi caussa.*

Testatoris preceptum non seruans priuatur omnibus sibi a testatore relictis.

43 *Dispositio testamentaria, vtriusq; coniugis consensu copulata, & demum morte confirmata, separari non potest, quando vnica fuit voluntas, & vnica testatoris dispositio.*

44 *Nominatio emphyteutica in testamento facta sortitur naturam testamenti & ab eo dependet, adeo quod infirmato testamento nominatio quoq; infirmetur.*

45 *Testamentum si ex caussa exheredationis, vel preteritionis irritetur legata conseruantur. Verum si heres, hereditatem adire nolit, legata corruũt. quin imo & pupillares substitutiones, & tutelarum dationes denique, omne ius testamenti sequitur.*

46 *Interpret. l. si patroni filius 55. §. qui dergo. ff. ad Trebell.*

Heres institutus & nominatus ad emphyteusin, ipsam retinere non potest, repudiata hereditate.

Heres repudiare hereditatem, vel destituere testamẽtum non potest, vt accipiat prelegatum.

47 *Donatio facta in testamento est reuocabilis prout testamentum.*

Nominatio facta in testamento etiam per viam contractus reuocatur, & sequitur naturam testamenti.

48 *Filius nequit feudum etiam de pacto, & prouidentia retinere & hereditatem repudiare.*

49 *Emphyteusis secularis, siue assumatur cum clausula pro se heredibus suis pro se liberis seu filiis, nisi filius sit heres patris obtineri non potest. Idem quoque in qualibet emphyteusi.*

Emphyteusis Ecclesiastica non transit ad quoscunq; heredes, nisi ad filios, nisi eiusmodi sit, que ad extraneos transire possit.

50 *Emphyteusis, siue vt quota hereditatis, siue vt quota bonorum consideretur repudiata hereditate retineri non potest.*

Filius heres institutus, non aliter ab hereditate patris legitimam capere potest, quam vt heres.

51 *Heres institutus quibus actibus hereditatem adiisse censeatur.*

52 *Nominatio emphyteusis pro alimentis, an sit caussa pia? & citra hereditatis aditionem, sicut legatum pium conseruetur.*

53 *Hereditatis aditio est actus legitimus, qui non recipit diem vel conditionem.*

54 *Protestatio quando prosit protestanti & ius protestantis conseruet.*

55 *Hereditatis aditio cum conditionibus & oneribus a iure impositis nihil relevat.*

Expressio eius quod tacite inest, nihil prodest.

56 *Aditio hereditatis per que verba inducatur.*

CAPVT XVI.

SEquitur † iam *§. septimum*, in quo si recte consideres, Legislator omnia supra scripta ampliat, in secunda, & tertia persona, si modo habeat adhuc nominandi potestatem, aliam personam sibi successuram: poterit namque semel factam nominationem reuocare eisdem casibus, modo, & forma, quibus & prima persona, poterat, si viueret, & non aliter. Audiamus modo legislatorem, *E em todo caso onde dissemos que o foreyro, a que he dado poder no contracto, do afforamento, q̃ possa nomear, algũa pessoa, ao dito foro q̃ pode reuogar a nomeação ja por elle feita & fazer outra, assi o podera fazer [illegible], por elle for nomeado, ser por vigor do d[illegible] prime[illegible] contracto. [illegible]he de dado poder para nomear outra pessoa, & no caso onde o dito foreyro, não pode reuogar a nomeação, que ja fiz, assi a nano podera reuogar aquelle que por elle, for nomeado*, id est, *quemadmodum autem emphyteutæ, cui facultas in contractu emphyteutico nominandi aliquam personam, concessa est, nominationem semel factam reuocare potest, & iterum nominare: ita etiam ab eo nominatus, si vigore primi contractus, nominandi alteram personam facultas tributa fuerit. In eo autem casu, quo primus emphyteuta non potest reuocare nominationem semel factam, sic etiam ab eo nominatus.* Diligenter aduerte, posse casum contingere, in quo emphyteuta potest nominare, quamuis vltima sit persona, in emphyteusi, secundum concessionis formam. Licet n. huius ordinationis verba refragari videãtur, ibi, *Se por vigor do contracto lhe for dado poder para nomear*, nihilominus, cõtrarium obseruandum est, quoniam quamdiu parens, vel alius, qui nominauit, filium, in tertiã personã, viuit, durat ius secundæ personæ, quo fungitur, filius nominatus, viuẽte patre, q eum nominauit, eoq; mortuo incipit ius tertiæ personæ, *vt diximus supra, & dicemus infra in tract. de exstinct. inter. & resol. emphyteut. §. 3.* vbi propria huius quæstionis sedes est. Qua ratione filius sic nominatus, in tertiam personam, suo iure vtẽs, si timeat, se ante patrem, moriturum, nominare successorem potest, cui ius tertiæ personæ erit concedendũ, si contingat, filio mortuo patrem, superstitem, manere. Quamobrẽ si forte hic filius quẽpiam inter viuos nominauit, vtiq; variare poterit, si modo & pater, iuxta formam concessionis potuisset, & non aliter, quod nota.

Sequitur † iã §. fi. cuius dispositio ampliat omnia præcedentia, vt procedant in eo, cui in testamẽto, vel qualibet alia vltima voluntate, fuit concessa nominandi potestas. Legislator in hæc verba: *E todo o que dito he acerca de nomear & poder reuogar ou não poder mais reuogar depois que hũa vez nomear, & bẽ assi todo o conteudo neste titulo, auera lugar, não somẽte quãdo o poder de nomear for dado em cõtracto, mais esso mesmo quando for dado em algũ testamẽto, ou vltima votade, porq̃ em todo se guardara o que dito he.* Ex quo cessant in his Regnis a Doctoribus tradita *in l. ferme electione ff. de leg. 1.* vbi resoluunt, variandi potestatẽ facilius cõcedi posse, ei, cui eligẽdi facultas, fuit in cõtractus concessa, quam ei, cui in testamento, seu vltima voluntate, quam negant posse stare in pendẽti, *vt iam supra initio huius tractatus aduertimus.* 2

Ex † qua cõparatione vlterius infertur, nominatũ ad emphyteusin, grauari non posse, quemadmodum neq; ille, qui iussu testatoris ad rem ei q̃ obtinendam eligitur, seu nominatur, vt probat [illegible] 3

fuit..s,

sultus, & ibi notant omnes *in lege vnum ex familia, 69. §. 1. ff. de legat. 2. & in §. sed si fundum, eadem l.* vbi grauatũ feudum restituere, vni de familia non posse electum grauare Iurecons. respondet, nisi tantũdem electo, de suo præstiterit. Et est ratio, quia de suo nihil omnino confert, nec liberalis existit, qui ex alieno præcepto dare obligatus est, vt in dicto §. 1. Iureconsultus probat, in hæc verba: *Non enim facultas necessariæ electionis propriæ liberalitatis beneficium est. Quid enim est, quod de suo videatur reliquisse, qui quod reliquit, omnino reddere debuit?* Ex quo colligit, nominantẽ etiam ad emphyteusin, de suo nihil prorsus liberis cõferre, *vt supra diximus c. 4. n. 3.* Etenim nudo tantũ quodam ministerio fungitur, nominans, seu eligens, huc casu, *vt in dict. §. 1. l. vnum ex familia* obseruauit Paulus, *numer. 2.* & sequuntur omnes resoluentes, proinde electum, seu nominatum, omne ius capere ab eo, qui potestatem eligendi dedit, & fuit sententia Bartoli, *in d. §. 1 numer. 1.* & tradit Decius, loquens *in contractibus, consilio 543. nu. 8.* inducens tex. *in l. item eorum. § si decuriones ff. quod cuiusque vniuersit. nom.* vbi Iureconsultus probat, quod si decuriones alicui potestatem eligendi officialem dederunt, ille, ab ipso decurionum ordine, non ab ipso executore, qui eligit, dicitur electus: quoniam is vti nudus minister & executor ad electionis actum processit, ibi: *Si decuriones decreuerunt actionem per eum mouendam, quem decemuiri elegerint, is videtur ab ordine electus, & ideo experiri potest. Parui enim refert, an ipse ordo elegerit, an is cui ordo negotium dedit,* tex. in *l. ita autem §. si. ff. de admin. tuto. & l. fin. Codic. ubi, & apud quem,* & probat Bartol. *in dict. l. vnum ex familia § 1 nu. 1.* asserens, quod si consilium generale elegit illum, quem priores nominauerint, a prioribus electus magis dicitur a consilio ipso nominatus, ad quem text. inducitur text. *in cap. licet vs Apostolicas. de rescript.* vbi Ancharan. *notab. 3.* dicit, mandantem aliquid fieri, facere censeri, non ille qui fecit. *l. pater ex se omnia in fin. ff. de manum. ff. vind. ibi, Solam enim electionem filio commisit. Ceterum ipse manumisit.* Concordat Iason *in l. si arrogator. ff. de adoption. nu 34.* adducens tex. *in l proxime. ff. de rerit. nupt. & in l. si seruo si teicommissaria. ff. de hæred. instituend.* Vbi seruus, cui testator de necessitate debet, libertatem, non potest eis necessarius heres fieri ibi: *Et humanius est & magis æquitatis ratione subnixum, non fieri necessarium. Qui enim etiam inuito a fideicommisso poterat libertatem extorquere, is liber esse iussus non magis in videtur beneficium a defuncto cons. qui sibi nihil commodi sentire sed magis debitã sibi accepisse libertatem. Sic probatur etiam, & in illo seruo, quẽ testator ex lege emerat, vt manumitteret, si heres fuerit institutus. Nam & hic si positio beneficio testatoris, proprio iure poterat ad libertatem peruenire, ex constitutione Diui Marci.* & tradit Peralta *d. l. vnum ex fam. §. sed & si fundum n. 9* & est tex. *in l. plane in 2. vlt. ff. de leg. 2. l. si arrogator. ff. de adoptio.* ibi, *Quia hoc nõ iudicio eius, ad eum peruenit, sed principis prouidentia.* vbi hoc notat Iason *n 34.* & tradit nouissime excellentissimus aduocatus Melchior Pelaez *in tract. de Maioratu. lib. 1. q. 71. nu. 1.* & facit l. 31. *Tauri,* vbi commissarius virtute potestatis eidem a testatore concessæ, non potest aliquem ex filiis meliorare, neque vulgariter substituere pupillariter, aut exemplariter, nisi id expresse in commissione concedatur.

Qua † ratione pater, qui facit exemplarem sub- 4
stitutionem, in fauorem muti, furiosi aut mente capti, substitutum, onere restitutionis grauare nõ potest, nec eidẽ alias conditiones iniungere. Quã sententiam iuuat, si consideremus, ad hãc substitutionem non posse omnes vocari, quos pater voluerit, sed primũ filios, & alios descendentes, quos si non habuerint, fratrẽ, demũ extraneum substituere posse, *vt in l. humanitatis. C de impub. & aliis subst.* Quare cum pater istã electionem ex legis necessitate facere teneatur, grauamen & vinculum restitutionis, vel fideicommissi aut alterius conditionis apponere non potest, quod ita tradit Socinus *cons. 103. nu. 20. vol. 1.* qui hoc probat, quoniam in substitutione exemplari, si ille, cui fit, filios habeat, aut saltem fratres, aliquis ex eis necessario substituendus est, ex ordine *dicta l. humanitatis.* Et vbi hoc fit, licet qui substituitur, vocetur, per testatorem, dicitur tamẽ vocatus ex præcepto legis, ita vt tanquã vnus ex filiis, vel fratribus in casu suo dicatur ita habere a lege, vt ei a testatore volente facere exemplarem auferri nõ non possit. Ex quo consequitur huiusmodi personas simpliciter & absq; onere substituendas fore, Sicut videmus in legitima, q̃ simpliciter & absq; onere relinquẽda est, *vt in l quoniam in prioribus. C. de inoffic. test.* facit tex. *in l fœmina. & authen. seq. C. de secun. nupt.* & quod tradit Ancharan. *consilio 112.* vbi consulunt, maritũ, qui ex forma statuti filiis tres bonorum suorũ partes relinquere tenetur in eis aliquod onus fideicommissi imponere non posse: quoniam illæ tres partes debentur ex præcepto legis: alias prouisio statuti foret illusoria. Et eandem sententiã, quod filius tutus in exẽplari substitutione grauari non possit, tenet Decius *consi. 371. n. 5. in fin.* quia fratres & sorores habent eo casu, bona a lege, non a testatore. Et faciunt plura, quæ scribit Segura *in dict. § se. si fundum. versicul secundo infero fol. 57* & tenere videtur Ioann. Andr. *in cap. si pater de testam. in 6 & ibi expressius Costa, in verbo pupillares, numer. 20. pag 414.*

Quocirca † cũ a nominante nihil capiat nomi- 5
natus, standum est regulæ *l. ab eo C. de fideicom.* quæ habet grauare illum tantum posse qui honorauit, ibi. *Ab eo qui neq; legatum, neq; fideicommissum, neq; hereditatẽ, seu mortis causa donationẽ accepit, nihil per fideicommissum relinquere potest,* & ibi notant scribẽtes, *& in l. cum tuto* & ibi notat Ripa *numer. 13. ff. de* [illegible] *& alii Gomez in tit de leg. numer. 54.* habetur in l. *a si sic ff. de legat. 3. in pn. cum aliis relatis a Menoch. in d. l. ab eo in princip.* Quam obseruationem nostris emphyteuticis nominationibus conferens insignis Gõçalus Valascus Pintus *in l. vnum ex famil § 1.* veliter resoluit, nominatũ ad emphyteusin, grauari, a nominante nõ posse: quoniam velle ait, nõ a nominante emphyteusin capit quo possit grauari, sed magis a dño. Citat Aretinum, in specie hinc ita resoluẽtem, *consil. 53. num. 1.* & idem asserens, illius non meminit, Decius *consil 543. numer. 11.* vbi postquam scripsit nominatum non capere a nominante, sed magis a mandante, resoluit proinde nominantem non posse nominato noua onera, & conditiones, imponere, ad instar eius, qui adiectus est solutioni, qui innouare nihil omnino potest. Concordat nemine referens Peralta, *in d. l. vnum ex fam. §. sed si fundum, n. 9. ff. de leg. 2.* struaus, quoniam in foro textum, ibi ad hoc citari, quod grauari nominatus, sed electus

ab eligente non poteſt. Quæ vtilis eſt obſeruatio, in materia Maioratus, quorum ſucceſſor grauari non poteſt, *vt tradit Molina, de primogeniis Hiſpan. cap. 8. nu. 21. & lib. 2. cap. 4. nu. 10.* & nos latius diximus *lib. qq. Forenſ. & controuerſ. ciuil.* Ratio eſt, quia ſimiliter a primo inſtituente Maioratus capitur, non ab eo, cui immediate ſucceditur. Quam ſententiā ſex argumentis adſtruit Loazes *in l. filiusfamilias. §. diui, ff. de legat. 1. n. 77. cum ſeq.* qui tamen debuit meminiſſe, hanc quæſtionem in ſpecie ab Aretino *d. conſi. 53. n. 1.* fuiſſe tractatam, nominatumq; grauari non poſſe reſoluente. Quod in praxi ſæpius obtentum vidimus, & iudicatum. Quo argumento, idē quoque in beneficio Eccleſiaſtico reſoluendum eſt, vt abſque onere, vel conditione ab Epiſcopo conferendum ſit: quoniam collator, nudus eſt tantū miniſter, neq; quicquā de ſuo confert, de qua quæſtione late Ioannes de Selua *in tract. de beneficio. 3. part. q. 20.* & eſt text. *in cap. fin. de pact. & in cap. quæſitum. de rer. permut.* Collatio enim beneficii dicitur eſſe actus legitimus, qui nō recipit diem, neq; conditionem, *cap. 2. de electio. in 6. iuncta gl. verb. incertat. & tradit Selua d. tract. 3. p. q. 9. in prin c.* Idem quoque in electione, quæ ſub conditione fieri non poteſt, ſicut neque poſtulatio. *vt in cap. in electionibus. de electio. libr. 6. notant Dynus in reg. actus legitimi de regul. iur. in 6. nu. 2.* Qua ratione idem quoq; nuper reſpōdimus, in cauſſa illuſtriſſimi Lupi Soarez a ſecretis regis, ſuper Caſtellania de Eruoredo, quam ei contulerat Archiepiſcopus Bracarenſis, ſub cōditione, vt ab eius collatione omne onus, grauamē vel conditio omnino remouēda forent *per ſupradicta*, cum Archiepiſcopus Bracarēſis nihil habeat in ea dignitate ſeu officio, q̄ ſimplicē collationem, & nudū miniſteriū inueſtiēdi Caſtellanū in eo officio, ibi nomine Regis, cuius ipſe Archiepiſcopus beneficiari⁹ eſt. Quare Regis nomine, quē recognoſcit, vt ſupremū in ſuo regno in temporalib. a quo primum accepit prædictam Caſtellaniam, fidem, & homagium, & iuramentum fidelitatis accepit. Qua in re ſcripſimus ſatis luculentum reſponſum, quod inter cetera reſponſis noſtris inſertum eſt.

6 Ego † tamē prædictam reſolutionem in emphyteuſi veram eſſe non cenſeo, & perpenſis iuris principiis optime defendi poteſt. grauamen. conditionem vel onus nominato ad emphyteuſin iuxta regni conſuetudinem, (maxime vbi ad nullum certū corpus perſonarum nominandi facultas dirigitur, ſed ſub vulgari formula nominandi poteſtas quēcunq; complectit̄) per nominantem apponi poſſe. Cum enim res emphyteutica durante tempore conceſſionis interim res ſua ſit, licet ab eo dominium abire operetur, *vt in l. non ideo minus. ff. de rei vendi.* text. *in l. Iulianus. §. fin. ad fin. ff. eod.* ibi, *quia plenum ius incipit habere.* text. *in l. ſi poſt acceptum, eod. tit. tex. in l. ſi ancillam. C. de act. emti. tex. in l. ſi ſeruus furibus. ff. de cond. furti.* Vbi licet ſoli dño illa actio competat, tamen datur heredi vel domino, qui habet rem ſubiectam reſtitutioni, tex. *in authent. de reſtitutio. fideicomm. verſ. volo, ibi. poſſeſſionem, & proprietatem. coll. 9. text. in l. fin. Codic. de legat. text. in authent. cum relictum. C. de indict. vid. tollend.* tex. melior *in l. generaliter. §. ſub conditione. ff. qui & a quibus,* ibi, *ſub conditione ſeruus legatus pendente conditione pleno iure heredis eſt. Sed nullam libertatem ab eo conſequi poteſt, ne legatario iniuria fieret.* Vbi notant Dd. poſſidentē rem ſubiectā reſtitutiōi in diem, vel ſub cōditione interim dñm eſſe, quem tex. (licet corrupte) ad hoc allegat Bald. *in l. voluntas. C. de fideicom. n. 10. idē Bald. in l. Iulian. 2. lect. ff. de rei vendi. & Iaſ. in l. ſeruo legato. §. 1. n. 4. ff. de leg. 1. & not. Ant. Gomez in l. 40. Tauri, n. 76.* & ꝓbat tex. *in l. fin. ff. de vſufr. earum rerum. quæ vſu conſum. & l. ſpecies. ff. de auro. & argent. leg.* vbi onus reſtituendi poſt mortem, non tollit nomen domini in vita, etiam ſi res concedatur nomine vſusfructus, explicat Paulus *in l. Titia cum teſtamento. §. final. ff. de leg. 2.* Alciatus *in l. recte dicimus. ff. de verbor. ſignif. & Claudius Marmerius, in l. naturaliter. §. nihil commune. ff. de acq. poſſ. Pinell. de bon. mater. 2. part. n. 5.* ex co inferens, Maioratus poſſeſſorem, cuius dominium vita tantum circūſcribitur, verum dominum eſſe. Conſequens eſt, durāte tēpore conceſſionis, emphyteutam, vtile dñium habentem, ad vitam poſſidentis tantum reſtrictum, & reſolubile, tempore nominationis, ſicut in re ſua poſſe apponere quamcunque conditionem, onus, vel grauamen adiicere, cum id prohibitum nō reperiatur, & in re ſua quilibet ſit moderator & arbiter *l. in re mandata. C. mand.* & legem quam velit, poſſit apponere in traditione rei ſuæ, *l. legem. C. de pactis. l. legem. C. de pact. conuent. l. legem. C. de donat. l. cum res. ad fin. C. eod. & l. rebus. C. de rerum perm. & l. in traditionibus. ff. de pact. & l. 2. Cod. de euiction. & l. 1. Cod. de donat. quæ ſub modo. & l. ſi vt propone. C. de cond. ob cauſſ. & l. ſi donatione. Codic. de contrah. emt. & de pact. inter emto. l. ſi ea lege.* & vlterius emphyteuta dominium vtile habet, *l. 1. §. qui in perpetuum. ff. ſi ager vectig. vel emphyteu. peta.* & tradunt plures relati per Valaſcum *de iure emphy. quæſt. 13. n. 1. cum ſeq* vel etiam ſimpliciter dominium, vel ius in re habet, *& ibi late probat.* Quare cum hæ nominādi formulæ noſtrarum emphyteuſiū non antiquū, ſed nouum ſit inuētum, nec id, quod viderim, vſquam prohibitum ſit: Crederem ꝑfecto, emphyteutā, cui ſimpliciter nominandi poteſtas a dño conceſſa eſt, nominato, ſeu electo onus & grauamen reſtitutionis, ſeu fideicommiſſi apponere poſſe: licet aliud paſſim pragmatici noſtri opinentur, & quantūuis forenſes Rabulæ clamēt, & nobis aduerſentur. Etenim iura, quib. noſtri auctores Luſitani ſuā fulciūt ſententiā, ſcil. tex *in l. unum ex famil. & in §. ſed & ſi fundum ff. de legat. 2.* & alia iura ſimilia loquuutur in fideicommiſſis familiæ relictis, quæ certa & peculiari ſucceſſionis forma deferuntur, quæ nihil commune habent cum emphyteuſi, qualis apud nos vſu & cōſuetudine recepta eſt, cuius ius ſingulare eſt in hoc regno, ab aliis longe diſſimile, vt oſtendimus *in tract. de nomin.* Præterea ius fideicommiſſorum, a quibus noſtri argumentorum loca, ad noſtras emphyteuſes, mutuatur, vel etiam ad ipſum ius emphyteuticum Iuſtiniano Codici inſertum, multo antiquius & vetuſtius eſt, quod quaſi cum ipſis cunabulis Romanæ Reipublicæ exordium accepit. At ius emphyteuticum & clienteiare longe poſtea, multis temporib. decreſcente iam republica, & in ſenium vergente, translatoq; iam Romano Imperio, Zenonis, & Iuſtiniani tempore exortum eſt. Quare nō iuſta eſt argumentatio, a fideicōmiſſis, ad emphyteuſin, neque e conuerſo. Nec enim, quod fideicommiſſo, cui eligendi neceſſitas quædam cauſſaria ineſt, onus imponi non poteſt. Idem & in emphyteuſi obſeruandum eſt, cum fideicommiſſo

miſſo

miſſo honos, & emolumentum: in emphyteuſeos contractu onus, verſetur. Cum n. illa trium perſonarum vita circumſcribat̃, & interim extra domini directi manum futura ſit, neq; eius quidquam interſit, vel penes hunc, vel penes illum, ſimpliciter, vel ſub conditione, vel cum onere exſiſtere, dummodo penſionis annuæ ſolutio domino ſalua ſit, & emphyteuſis conceſsio trium perſonarum vitæ ſpatia non prætergrediatur: non ſane video, quid interim onus, vel conditionem apponi grauato impediat, quæ non emphyteuſin, ſed grauati perſonam reſpicit atq; intuetur. Quid enim dominium directũ lædit, ſi primus emphyteuta, ſecũdam perſonam, quã nominauit, emphyteuſin ipſam alii poſt mort. in ſuam reſtituere, vel centum aureos dare Titio iubeat, aut grauet? Certe nihil. In quo quæſo ius domini deterius efficitur, ſi ſecũdus emphyteuta tertiam perſonam a ſe nominatam, oneret fideicommiſſo? Sane hoc neque contra naturam, neque contra ſubſtantiam emphyteuſis eſſe exiſtimo cum nominans liberalitate & beneficio vtatur, qui nominatum alii prætulit, quem prætermittere poterat, & alium, quem malit, eligere. Quare nominatio gratioſa eſt, & gratiam continet, *arg. cap. 1. poſtul. cere ſcript.* potiſsimum ea ratione, in quantum, nominatur magis vnus, quam alter. In quam rem facit, quod tradit Staphyleus *in tractat. de formis exſpectatiuarum, 9. forma. num. 6. fol. 61.* vbi inquit, quod licet collator ordinarius, neceſſe habeat conferre beneficium, non tamẽ neceſsitatur, magis iſti, quam illi, & ideo ſi conferat vni vel alteri, gratiam illi facit, glo. *in c. relatum de praben.* Eſt ergo gratia & liberalitas, in cui dando, vt dicit gl. *in cap. fin. de offic. Vicar. libr. 6. & in c. quamuis, verbo penſionem. de praebend. eod. lib.* Cur igitur in nominatione emphyteuſis onus, grauamen, vel conditio, non permittetur, cum id in toto tit. *de iure emphyteu.* prohibitum non reperiatur, neque rurſus vlla nominationum mentio, ſed tantum ſola alienationis prohibitio, vel emphyteutici iuris, citra dñi conſenſum translatio interdicatur, vt patet *ex l. 1. & 2. & 3. Codic. de iure emphyt.* Quamobrem perperam noſtri Luſitani interpretes noſtras q̃ſtiones iuris emphyteutici, cuius tractatũ, ab aliorũ contractuum ſocietate, & ſimilitudine ſeparatũ eſſe, conceſsionem, definitionemque habere ꝓpriam Imperator voluit *in l. 1. C. eod.* a fideicõmiſſorum regulis ampliare conantur fideicõmiſſarias electiones, ſubſtitutiones, conditiones reſtitutiones, & onera, tanquam regulam Lesbiam, ad omnes ſtructuras ſubinde flexibilem, iure noſtro ſingula emphyteuſeos accommodantes, cum tam iuris illud, quam noſtrarũ nominationũ ſingulariſſimum ſit, & circa contractus, illud vero circa vltimas voluntates vertetur. Quare cũ caſus ſint diſsimiles, non poteſt ſumi argumentũ a ſimili *c. ſicut ergo 1. q. 1. nuptiarum 17. q. 4.* Imo data quam minima inſtantia, ceſſat argumentum a ſimili, vt tenet Ioan. Baptiſta *in l. omnes popul. verſic. antea quam dicam ff. de iuſt. & iure,* quem refert Andreas de Exea. *in c. cum omnes, num. 127. pag. 341. de conſtit. Pelaez in tract. de Maior. lib. 1. q. 71. n. 3. verſ. & cum caſus.* Quæ omni carent dubitatione: potiſsimum q̃ onus, vel grauamen non rem ipſam emphyteuticam, ſed nominati dũtaxat perſonam reſpicit, & conditio nominationis in perſonã ſtringitur, non in rem. Quod ſi nominatus præſens ſit, & taceat, vel conſentiat, omnis ſubmouetur difficultas. Ex his, quæ diximus *in tract. de reuocat. q. 16. n. 57. & 58. cum ſeq.* & infra *nu. 15. cum ſeq.* Quæ nota, quia a nemine hactenus fortaſſis animaduerſa.

Quamobrẽ † pro hac ſententia inſignis ille Gõ- 7
calus Valaſcus Pinto *in d. l. vnum ex famil. §. 1.* inducebat text. *in l. ſi fundum per fideicommiſſum. 92. §. fin. ff. de legat. 1.* ibi, *Sicuti conceditur vnicuique ab eo ad quem legitima eius hereditas vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſum dare, ita & ab eo ad quem impuberis filii, legitima hereditas, vel bonorum poſſeſſio peruentura eſt, fideicommiſſa recte dabuntur,* per quem text. interpretes notant, poſſe patrem venientes ab inteſtato, filio impuberi (cui propterea noluit pupillariter ſubſtituere) grauare: quoniam eo ipſo, quod eos potuit, per pupillarem ſubſtitutionem, ſucceſsione priuare, vtique ſubſtituendo eos pupillariter, honoraſſe videtur, *vt ibi notant Doctores.* Imo, & pro filio, potuit ſi vellet, codicillos facere, & illis ab inteſtato ſucceſſuros fideicommiſſorum onere pia grauare. Nam quemadmodum patri pro filio impubere teſtari permiſſum eſt, *l. 2. ff. de vulgari, ita etiam codicillos facere Alciatus in l. 1. §. final. numer. 19. ff. de vulgari, Alciatus in l. centurio, numer. 91. ff. eodem* & multo prius Baldus *in l. ſi arrogator, ff. de adoption. opp. 3.* quod ſi facere neglexit, ſuccedentes ab inteſtato vocaſſe videtur, *ex text. in l. conficiuntur. ff. de iure codicill.* & conſequenter quaſi honoratos grauare illos poteſt, *vt in dict. §. fin. l. ſi fundum, tradit Iureconſultus, & Doctores in l. ex heredi. §. cum filia ff. de vulga. ibi Alexand. nu. 7. Iaſon in l. ſi arrogator, numer. 28 ff de adoption. & in l. ex tribus. n. 2. C. de inoffic. teſtament. Bald. in l. cum virum. n. 18. C. de fideicom. Mathesilanus ſingul. 163. & Pelaez in tract. de Maiorat. lib. 1. q. 71. n. 3. Soarez in l. quoniam in prioribus, limit. 1. n. 16. C. eod tit. & allegat. 2. Socinus in l. cum filio, numer. 7. ff. de leg. 1.* Ex quibus in propoſito notabilis regula deducitur, *Parta eſſe, dare, & non adimere,* ſi modo priuare poſſumus. Quo argumẽto, in ꝓpoſita ſpecie, ſane reſoluendũ videtur, emphyteutam nominantem grauare poſſe nominatum, ſeu electum, quem remouere potuit, & alium ſi vellet nominare. Vrget efficacius quoniam in fideicommiſſo, grauato, non eligente iuxta defuncti voluntatem, vocantur omnes de familia, vt *in l. vnum ex familia, §. rogo. ff. de legat. 2.* At in emphyteuſi non vocantur omnes filii, ſed ſenior iuxta regni conſuetudinem, vel illis deficientibus extinguitur emphyteuſi, & ad dominum regreditur, reſoluta emphyteuſi ex lege conuentionis de nominando.

Comprobari † etiã poteſt hæc noua & vera ſen- 8
tentia regula *l. ab eo C. de fideicommiſſ.* vbi cauetur, illos grauari regulariter poſſe, qui honorantur. Concordat *l. 9. tit. 9. part. 6. facit l. cum quidam. C. de legat.* & hoc iuri naturali conſentaneum eſt, *l. ſecundum naturam ff. de reg. iur.* Vnde per regulam *d. l. ab eo. Albericus in prooemio ff. in §. diſcipulis, inquit, n. 14* filium primogenitum poſſe per patrem grauari. Et faciunt tradita per Bart. & alios *in l. centurio. & ibi Ripa num. 100 ff. de vulgari. & Carol. Molinæus conſil. 1.* pro Duce de Villa Hermoſa. *n. 19* vbi tradunt, filios poſitos in conditione cenſeri ſubſtitutos, quando onus reſtitutionis eſt eiſdem iniunctum, poſt Corneum *in d. l. ab eo,* & alios quos refert. & faciunt quæ ſcribit Socinus iunior *conſil. 12. num. 23. libr. 5.* Cum

igitur emphyteuta, nec ex conſuetudine neq; ex legis Regiæ diſpoſitione ad faciendam nominationem emphyteuſis, neceſſitate adſtringatur, & poſſit eligere, ac nominare vnum vel alterum, hocque emphyteutæ arbitrio relinquatur, nec ad aliquam iuris neceſſitatem redigatur, *iuxta l. non quic quid. ff. de iudiciis*, conſequens eſt, emphyteutam eligentem vnum ex plurib. (quem præciſe nominare, & eligere minime tenebatur) illum honorare, & exinde eũ grauare poſſe, *per reg. d. l. ab eo*, cũ donare emphyteuſin videatur, quã nullo iure cogente conceſſit, *l. donari. ff. reg. iur.* Vnde cum talis nominatus ſit quodammodo donatarius grauari poteſt per donantem, *arg. l. quoties, & l. perfecta. C. de dona. quæ ſub modo. l. 7. tit. 4. part. 5* Et ita in ſimili, in exẽplari ſubſtitutione, vt ſubſtitutum pater grauare poſſit, concludit Pelaez *in tract. de Maior. q. 71. nu. 4. verſi. tertio. Gratus conſil. 17. & 34. & Menchaca in l. quoniam in prioribus. limit. vlt. C. de inoffi.*

9 Comprobatur † hæc reſolutio, q̃a paria ſunt, aliquid alicui legari, & eidem non adimi, cum poſſit, *l. 1. §. ſciendum. ff. de leg. 3. cum aliis, quæ paulo ante diximus & adducit Pelaez in tract. de Maior. lib. 1. q. 68. n. 1.* Quare hoc caſu emphyteuſis nominato competens, ex vi nominationis, ex prouidentia hominis, nõ legis acquiri videtur. illud namq; dicitur acquiri ex prouidentia hominis, quod licet acquiratur ex prouiſione legis, partes tamen poterant renũtiare, *ſecundum Bartol. in l. ita ſtipulatus. ff. de verbo. obl. q. 1. & in l. conditiones, quæ extrinſecus. ff. eodem titul. notat Ripa in l. ſi inſulam, nu. 60 ff. eod. & in l. fœmina, nu. 62. C. de ſecund. nuptiis.* Vnde cum emphyteuſis acquiſita cum poteſtate nominandi, duas perſonas ſucceſſiue, in manibus domini citra alicuius amici, cognati, vel affinis querimoniam renuntiari poſſit, vtique nominans, ſeu eligens ex vi conuentionis, non iam nomine domini, ſed iure proprio ex pacto & ſtipulatione iam quæſito nominare cenſetur.

10 Neque † obſtat textus, *in d. §. ſed et ſi fundum. d. l. vnum ex famil.* de quo *ſupra nu 3.* quoniam primo reſpondeo, in caſu illius tex. eũ, qui eligere debet grauare non poſſe: ea ratione, quia electio non cõpetit iure proprio, ſed alieno, ſcilic. illius, qui ei commiſſionem dedit. In ꝓpoſita autẽ ſpecie emphyteuſis, competit electio & nominandi poteſtas, iure proprio, & virtute legis conuentionalis. Quare magis fauendum eſt emphyteutæ nominanti, qui dominus eſt, quam commiſſario, in caſu *d. §. ſed et ſi fundum.* arg. tex. *in cap. ſi compromiſſarius. de electio. in 6. iuncto cap. vt circa. eodem titul. & in l. ſeruo electione in princip. ff. de legat. 1. cum aliis quæ adducit Pelaez in tractat. de Maiorat. q. 71. n. 7.* Vel ſecundo reſpondeo ex intellectu vero & germano, quem ad illum text. tradit Peralta ibi, aſſerens, in caſu illius tex. naturam electionis, vel nominationis eſſe quandam neceſſitatem obligatoriam ex primi teſtantis diſpoſitione, immediate fluentem: quam ob cauſſam nominando in familia, cum id faciat, neceſſario ex obligatione præambula, habente ortum a iuſſu teſtatoris, nominans non videtur exercere liberalitatem erga nominatum, *l. rem legatam. ff. de adim. legat.* & hunc intellectum ſequitur Pelaez *dict. num. 7.* Pro qua ſententia facit text. *in l. alienationes ff. famil. herciſcun.* ibi, *non quæ vetuſtiorem cauſſam, & originem habent iuris neceſſariam.* At in emphyteuſi aliud eſt, in qua nulla a lege nominandi neceſſitas ineſt, neque a domino cõcedente. Vnde cũ nulla neceſſitas vrgeat, inſpecta origine liberalitatẽ exercet in nominatum, ex *d. l. 1. §. ſciendum*, & ideo permittendum eſt, vt nominatum grauare poſſit, iuxta regulam *d. l. ab eo.* Vnde conſtat diſſimilem eſſe quæſtionem nominationis emphyteuticæ a caſu *d. §. ſed et ſi fundum.* Et facit tex. *in l. ſed et ſi 6. 2. reſponſo. ff. de legat. 3.* ibi, *Si Stichus, Seio ſaluus, iuſſu eius hereditatem adierit rogo det, quoniam qui fortuitu, non iudicio teſtatoris conſequitur hereditatem, vel legatum, non debet onerari. Nec recipiendum eſt, vt cui nihil dederis, eum rogãdo obliges.* Concordat *l. 4. tit. 9. Part. 6. verſi. Esto es. v*bi late Gregor. Lopez, quæ iura probant, quod vbi quis, iudicio teſtatoris commodum aliquod conſequitur, grauari poteſt & tradit Ripa *in l. cum filiofamilias, num. 26. ff. de legat. 1.* vbi per illum tex. probat, quod qui capit cõmodum per mediam perſonam, ex alterius vltima volũtate, põt per fideicommiſſum grauari. Nõ obſtat etiam tex. *in l. ſi arrogator. ff. de adoptio.* qui licet quis faciens illud, ad quod per legem obligatur, non dicatur conferre beneficiũ, illud verum eſt, vbicunq; quis præciſe aliquid facere per legem obligatur, in fauorem alicuius certæ perſonæ: vt in patre arrogatore, qui ex lege filio arrogato quartam relinquere obligatur, in qua vſq; ad pubertatem tantum, & non per fideicommiſſum põt ſubſtituere; neq; grauare filium arrogatum poteſt, quia lege cogente, arrogato ſemel filio, debetur eidem quarta abſq; onere: Vnde nimirum ſi eum grauare non poſſit, nec ei cõpetit ius eligendi vnum ex plurib. ſicut in caſu *d. §. rogo*, & aliis iuribus. Ex quibus ego hanc poſteriorem veriſſimã eſſe ſententiam exiſtimo, vt emphyteuta, cui nominandi facultas eſt, onus, grauamen, vel cõditionem nominato ad emphyteuſin adiicere poſſit, cum id neq; contra naturam contractus emphyteutici, nec contra ſubſtantiam ſit, nec ipſam emphyteuſin, ſed nominati perſonam dumtaxat reſpiciat.

Non † me tñ latet, Paulum Caſtrenſem *in d. l. vnum ex famil. §. 1. n. 4.* perpendere ea verba Iureconſulti: *Non enim facultas neceſſariæ electionis, propriæ liberalitatis beneficium eſt*, quibus inquit non obſtare verba Iureconſulti *in d. l. ſi fundum per fideicommiſſum. §. fin. ff. de legat. 1.* quoniam loquitur in actu voluntario, & a libera patris voluntate pendẽre, quoniam filio ſuo pater inuitus, pupillariter ſubſtituere non compellitur. Cuius contrarium ait Paulus obtinet, in grauator. ſtituere, cuius electio neceſſaria eſt, vt eo loco I. C. ꝓbat, & ibi, *qui quod relinquit omnino reddere debuit.* Neceſſitas n. omnem liberalitatem excludit ac ſubmouet, *l. rem lega:ã. ff. de adim. leg. Cuman. d. §. ſi de ſalcidia*, & tradit Loazes *in l. filius familias, §. Diui. nu. 79. in fi. ff. de leg.* inducens, quod in *d. §. s* Baldus, Florian. Cuma. & alii probant Epiſcopum beneficia vacantia conferentem, liberalitatem nullam exercere, quoniam conferre vni quodlibet vacans beneficium omnino tenetur. Quocirca idẽ videtur in emphyteuta, qui cum teneatur ſecundam vel tertiam perſonam nominare, grauamen nominato imponere non poteſt, non obſtante regula *l. ſi fundum §. fin. ſup. d.* 11

Sed † nõ ſatisfacit, quoniam, vt doctiſſimus Gõcalus Valaſcus, *ſupra relatus* admonuit, differentia a Paulo cõſtituta, inter voluntariam, & præciſam electionem, ſeu commodi adeptionem, caſus quem 12

tracta-

tractamus, adaptari neutiquam potest, si consideres tam patrem in casu *d.l. si fundum. §. fin. ff. de leg. 2.* quam etiam heredẽ in casu *d.l. vnum ex familia, §. 1.* & emphyteutam, in casu nostro, æquali necessitate, caussatiua tamen compelli. Pater enim si cupit venientes ab intestato, pupilli hereditate submouere, & statuere, ne omnes admittantur ad successionem, necesse habet pro pupillo testamentum condere: qua etiam caussatiua necessitate vni relinquere heres cõpellitur: quoniã alter omnes de familia rem ipsam consequentur, *vt d.l. vnum, §. sed si vno. & §. sed & si fundum, ibi: peetitaris deinceps cæteris, & in §. rogo, ibi: petent omnes. & in l. cum quidam eodem titul.* Denique & emphyteuta eadem necessitate nominare constringitur, nisi malit emphyteusin extingui ob defectum nominationis, aut ad heredes pertinere iuxta formam legis Regiæ *supra tit. 36.* vbi late obseruauimus. Quamobrem non recte videtur Paulus inter hos casus differentiam constituisse. Ni fallor tamen, existimo Paulum, in eo loco, intellexisse necessitatem de qua loquitur IC. *in d.l. vnum. §. 1.* præcisam esse & absolutam, non caussatiuam, quod ibi IC. in prin. innuere videtur, ibi: *eligere debet.* Verbũ enim illud, *debet*, præcisam necessitatem inducit *gl. in l. sæpe. ff. de off. præsid. & in l. Gallus. in prin. ff. de lib. & posthum. & habetur in l. 1. C. quomodo & quando index.* Quamuis non ignorem Bart. Paul & alios, *in d. prin. l. vnum ex familia.* nihilominus intelligere eam necessitatem, caussatiuam esse: non tamen negant per officium iudicis heredem, vt eligat compelli posse, quo defuncti voluntas adimpleatur, *vt post Dynum, Alberic. & Imol. ibidem probant, & Peralta n. 11.* Iuxta quam interpretationẽm in casu *d.l. vnum ex fa.* Pauli solutio stare posse videtur, in quo, vt defuncti voluntas conseruetur, iudicis officium implorari potest, *vt diximus in tract. de nom. q. 1. n. 2. cum seqn.* Sed non sequitur proinde, emphyteutam ad nominandum compelli posse, cum eius potestas a contractu pendeat, *vt diximus d. q. 1. n. 2.*

13 Non ignoro † etiam, insignem Goncalum Valascum, hanc difficultatem egregie agnouisse, *in d. l. vnum ex fam. §. 1.* illudque obseruasse, neque heredem grauatum, de quo ibi, neque emphyteutam, de quo præsens est sermo, electum, seu nominatum grauare posse: quoniam censebat eligentem, de suo nihil prorsus præstare, præter nudum quoddam ministerium, quod in declarando seu nominando in mero facto consistit, nullamque prorsus ex se vtilitatem pecuniariam præstat: vt quamuis nominatus hanc consequatur, vtique ex primo concedente, nõ a nominante capiat, contrariumque obtinere, in patre pupillariter substituente. vt is, quamuis ex re sua, nihil prorsus conferat in substitutum, sed bona pupilli, dumtaxat nudo simplicique ministerio vsus dici nequeat, quoniam propter communionem, quam cum filio habet ipsemet, ea bona dare videtur, *ex traditis in l. fin. C. de imp. ab. & al. is subst.* Quæ est ratio, propter quam non minor patri tribuitur potestas in bonis filii, quam suis, *Bart. in l. 2. ff. de vulg.* Non est mirum, si concedatur illi posse ab intestato successores grauare, quos & priuare potuit, quæ vera fuit visa interpretatio a Peralta approbata *in d. l. vnũ ex fam. §. sed si fundum. ff. de leg. 2. n. 9.*

14 Ceterum Loazes *in d. l. plenus familias §. Dini. n. 80* intellexit, patrẽ † posse grauare venientes ab intestato quos ille potuit a successione, per extraneum quamcunque substitutionem submouere, quod minime potest heres, de quo *in d.l. vnum ex familia,* quoniã eius potestas ad eos tantum, qui sunt de familia, & sic ad incertum de certis restricta est. Inter quas potestates arbitratur constituendam esse differẽtiam, quasi magis cõferat ille, qui potest præferre quemcunque de populo, quam ille, qui vnum tantum de familia potest eligere. Concordat Sucin. iun. *consil. 103. nu. 24 versi. nec. vol. 1.* quæ interpretatio, id quod *supra num. 6.* diximus, magnopere iuuat, licet hæc traditio quibusdam non satisfaciat, opinantibus rationem Iureconsulti *in d. l. vnum §. 1. & in § sed & si fundum*, generalem esse, & omni casu obtinere, siue emphyteuta vnum de filiis nominare debeat, vt in casu *§. 6. supra hoc tit.* diximus, siue etiam quemcunque extraneum nominare possit, iuxta notata *supra in prin. & §. 1.* vt quasi semper de suo, nihil prorsus dare verum existiment, quo fundari grauamẽ possit. Verum quod Loazes *d. §. D. ni, num. 80. vers. supra dictu.* probat, posse electum de familia grauari in fauorẽ alterius de familia, qualiter nominato ad emphyteusin adaptari possit, non video, cum animaduerto emphyteusin, rem esse indiuiduam, ad quam plures nominari non possunt, *vt late diximus in tract. de nomi.* Quare a Loazio traditam resolutionem praxis minime obseruat siue emphyteusis sit generalis concessa, pro eo qui nominabitur, siue etiam pro vno filio nominando, quem posse grauari, alii emphyteusin dare, praxis non admittit, quod nos tamen supra improbamus. *nu. 6.*

Hic operæ pretium † fore duxi, lector humanissime, paulis per subsistere, & adiicere hypothesin, in qua nuper cõsuluimus in caussa nobilis viri, Antonii Sobrinho ciuis Bracarensis, super hereditate Francisci Teixeiræ, fratris sui. Is n. cum nullos haberet liberos, moriens vxorem suam vniuersalem heredem instituit & in quatuor prædiis emphyteuticis, in eodem testamento nominauit in hæc verba: *Nomeo nos meus casaes a minha molher Lianor Nogales, nas vidas que de direito me pertencem, & lhe encarrego a conciencia, que me cumpra o que per muytas vezes me tem prometido, he que estes casaes meus, em que assi a nomeo, assegure pera despois de sua morte num filho ou filha de meu irmano Antonio sobrinho, que sam os sobrinhos à que mais quero, assegurandosse muito bem, porque minha tencano he terella que comer em sua vida.* Mortuo marito vxor heres instituta, defuncti testamentũ cũ aperiretur, corã iudice, & tabellione, publicata & lecta volũtate, acceptauit & approbauit, expresse dicẽs, quod totũ mariti testamẽtũ acceptabat, & adimpleri volebat, ac vnũ ex testibus, vt pro ea subscriberet prædictam acceptationẽ rogauit, paulo post reclamauit, ac protestata est, acceptationẽ nullã esse: Demũ, a iudice cõpulsa, vt declararet an vellet esse heres nec ne respondit *(Que accimna a manda de seu marido com as condicones, & encargos, que elle de direito lhe podia nella deixar)* Animus & intẽtio huius vxoris erat renuere & reiicere omne grauamen & onus restitutionis & fideicommissi, appositum in prædiis emphyteuticis a marito, ex qua hypothesi, quatuor dubia oriuntur. Primum dubium est, *An vxor heres instituta, & nominata in testamento cauere teneatur, vel idoneam cautionem præstare, filiis fratris mariti defuncti, de restituendis prædiis emphyteuticis, vel eos nominare, secundum defuncti viri voluntatem, vel quia expresse cum prædicta* 15

conditione acceptauit, & agnouit, mariti iudicium, vel quia est heres. Secunda quæstio est, *an possit hereditatē repudiare, & emphyteuticaprædia retinere cura tius & nomen heredis, & proinde destituto testamento emphyteutica nominatio sustineatur?* Tertium dubium est, *an vxor nominata, ac heres instituta, ex eo hereditatem adisse censeatur, quod est in possessione hereditatis, & res hereditarias, alienare, donare & vendere cœperit.* Quartum dubium, *an nominatio emphyteusis, facta vxori, pro alimentis, vel vt habeat, vnde se alat caussa præcenseatur, vt citra hereditatis aditionem sustineatur, & acceptatio hereditatis, cum conditionibus & oneribus, quæ secundum iuris dispositionem relinqui possunt, qualiter intelligenda sit.*

Et quo ad primum dubium, remota disputatione, verum est, vxorem nominatam eum onere & grauamine, acceptantem mariti testamentum, eiq; consentientem (veluti si tempore aperturæ eoram iudice fiat approbationis instrumentum) sibi omnino præiudicare, vt nullatenus respectu grauaminis & fideicommissi dispositioni defuncti contrauenire possit, ex eleganti decisione Baldi, *in l. si. vers. quintus est casus, C. vnde legitimi*, vbi ponit quæstionem de filio præterito: approbante testamentum: sicut enim si ab initio cōsensit, se præteriri, valet præteritio, & testamentum alias nullum ipso, iure sustinetur, propter consensum præteriti, & approbationem paterni iudicii, *vt in l. si quando, §. fin. C. de inoffic. test. & ibi not. Dd.* quia nulla fit iniuria volenti, ita, si ex post facto ratificet, *arg. l. fin. C. ad Macedo.* Quare cum semel testamentum approbauerit, non potest, illud amplius improbare. *c. quod semel. de reg. iur. in 6. l. nemo potest mutare. ff. eod ibi: Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam, & l. Pomponius scribit ff. de neg. gest. tradit Old. ad consil. 28. in princi. Iaf. in l. 1. §. actiones ff. de edendo, Dec. consil. 665. Bursatus consil. 49. nu. 65. vol. 1.* Et est pro hac sententia text. *in l. non dubium, C. de testam.* vbi sunt elegantissima verba. *Illud etiam adiicie[illegible] est, vt qui ex testamento, vel ab intestato, heres extiterit, etsi voluntas defuncti circa legata, seu fideicommissa, legitimis non sit subnixa, tamen si sua sponte agnouerit, implendi eam necessitatem habeat.* text. melior *in §. fi. Inst. de fideicommiss. hered.* vbi si testator fidei heredis suæ committat, vt vel hereditatem, vel speciale fideicommissum restituat, & neque scriptura, nec ex quinque testium numero, possit res manifestari, vel nemo penitus testis interuenerit, tunc si heres perfidia tentus, adimplere fidem recusat, recusantem ad fideicommissi solutionem coarctari, ne depereat vltima voluntas testatoris, fidei heredis commissi: quod si is a quo relictum dicitur, confiteatur quidem aliquid a se relictum esse, sed ad legis subtilitatem recurrat, omnino soluere cogendus est. *tex. in l. 2. C. de fideic. vbi Iason. & tradit Paul. Par. isi. consil. 62. n. 42. vol. 3. Soc. iunior consil. 144. n. 47. vol. 3.*

Vnde cum prædicta vxor † marito testanti, ipsamq; heredem instituenti promiserit, se cautionem, & securitatem præstituram, de restituendis prædiis emphyteuticis filiis ex fratre, & postmodum testamentum agnouerit, & approbauerit, & de contentis in testamento plenam habuerit scientiam, & notitiam, vtique reuocare consensum & approbationem non potest, neque allegare ignorantiā contentorum in testamento, cum illud penes se habuerit tanquam heres, *ex his quæ tradit Decius, consil. 267. n. 2. Crau. consil. 193. n. 7. & Bursat. consil. 174. nu. 4. vol. 1.* Et proinde amplior probatio non requiritur, sed sufficit quod testamentum videret, vel se suisse scriptam heredem non ignoraret. *ex his quæ tradit (citatis in l. qui Romæ, §. duo fratres. ff. de verbor. obligat. nu. 97. Thomas Nonius, consil. 41. num. 17. & 19. & Paulus Parisius consil. 46. num. 18. & 19. vol. 2. Berous consil. 130. num. 35. volum. 2. & plures relati a Rolando a Valle, consil. 36. num. 21. vol. 2. & tradit Bursat. consil. 174. num. 14. volum. 1.*

16

17 Quamobrem † dicebam, ratificationem & generalem approbationem testamenti factam simpliciter coram iudice, vt in totum adimpleretur, cum omnibus conditionib. & qualitatibus, in testamento comprehensis factam censeri. quemadmodum de ratificatione seu approbatione, eum omnibus qualitatibus contractui ratificato adiectis, tradit Baldus *in l. multum, num. 5. C. si quis alteri vel sibi. Socc. consil. 127. num. 10. in fi. vol. 3. & consil. 125. n. 2. vol. 3. Natta consil. 636. num. 195.* & tunc illa approbatio. & confessus & agnitio relata ad testamentum censetur facta eum omnibus qualitatibus, conditionibus, & oneribus, & obligationibus appositis in ipso testamento approbato, *per l. esse toto, ff. de hered. inst. & authen. si quis in aliquo, C. de eden. & ibi Decius, & Cagnol. num. 88. Socin. consil. 50. volum. 3. Decius consil. 63. Curtius iun. consil. 92.* relatio enim semper dicitur fieri cum suis qualitatibus. *l. si prior, & ibi Bald. ff. solut. matrim. & Bartol. in leg. sancimus legem, ff. de pactis, Decius consil. 47. vol. 2. Alex. consil. 23. col. 2. vol. 7. Bursat. consil. 174. nu. 25. volum. 1.*

18 Ac † proinde sicut consentiens alienationi rei suæ, in qua quis ius habat, illud perdit, *l. si fundum per fideicommissum. & l. nihil. §. 1. ff. de legat. 1. & l. quoties, C. de fideicommiss. & l. mater, C. de rei vindic. Bertran. consil. 234. visis consultationis, num. 2. vol. 1. Corneus consil. 143. & consil. 103. volum. 3. & Tiraquell. de retract. lign. §. 1. gloss. 9. num. 137. & in l. si vnquam, C. de reuoc. donat. ve[r]bo donatione largitus, nume. 348. & Crauetta consil. 24. num. 9.* Neque consensus semel præstitus reuocari potest. *per l. fundum ff. de seruit. rustico. prædio. Crauetta consil. 24. num. 10. & consil. 260. num. 2. Franciscus Beccius consil. 6. num. 19.* Ita etiam debet esse in approbatione testamenti facta de contentis in eo, *vt aiunt Baldus, Angelus & Imol. in l. de his, ff. de transact.* quos sequitur nouissime Hippolyt. Rimnald. iuni. *consil. 343. num. 8. & 9. volum. 3.* Et etiam pro hac sententia text. *in l. obligamur. 51 ff. de actio. & oblig. ibi: consentientes in aliquam rem, ex consensu obligari necessario, ex voluntate nostra videmur.* Vnde dicebam ad plenum præiudicium heredis instituti, & inducendam obligationem, ad implendi grauamen, & onus restitutionis, & fideicommissi a defuncto iniunctū, sufficere ad probationem generalem testamenti, & omnium in eo contentorum, factam post mortem, vel coram præstita, vel coram indice in actis redacta approbatione: quoniam verba generalia approbationis generaliter sunt intelligenda, *l. 1. §. generaliter, ff. de legat. præst. l. de pretio ff. de Publicia. in rem actio.* & generali verbo omnia includuntur, *Baldus consil. 191. in testamento. vol. 1.* Vnde generalis sermo restrictionem non recipit, nisi in casibus a iure expressis. *Bellamera consil. 33. colum. 4. versic. secundo concinit, sequitur Franc. Beccius consil. 14. num. 15. & 16.* vbi asserit, naturam sermonis generalis esse, omnes casus & personas includere, etiam quod maior sit ratio, in

vno quam in alio, *l.1.§.quod autem.ff.de alea lusu. Decius cons.277.col.2.& in rub ff.si cert.pet.in 2.lect. Socin. in l.2.§.ex his.ff.de verb.oblig.& Cranetta consil.92. numero 4.*

19 Neque obstat,†nominatum in emphyteusi grauari non posse, neque posse adiici conditionem in nominatione:quia cum electio, seu nominatio fiat ex iussu,& permissione domini,res non videtur haberi ab eligente,sed ab eo qui iussit electionem fieri, *l.6.§.1.ff.quod cuiusque vniuers.nomine. l.22. in fin.ff.de man.test.cap.literis.de rest.spol.& ibi Anchar.notab.3. Decius consil.251.colum.2.* Quare grauamen seu conditio nominato ad emphyteusin imponi non potest, *vt tradit Aretinus cons.53.num.1.Gratus cons.32. num.8 volum.1.* Quorum sententia iuuatur ex doctrina Bartoli *in l.mortis caussa.ff.de donat.causs.mort.* Et fortius vrget, nam quemadmodum onus vel granamen nominato imponi non potest,ita neque conditio, quoniam conditio in fraudem legis adiecta, habetur pro non adiecta,& ea non obstante hereditatem adire posse,nec cōditioni parere adstringit, tex.elegans *in l. Seia,& Augerius,27.ff. ad legem falcid.* vbi Scæuola Iureconsultus ita casum proposuit: Sempronius duos habebat filios, Seium & Augerium, hos heredes instituit si intra diem trigesimum mortis suæ reipublicæ cauissent, contentos se futuros tot aureis, legis falcidiæ beneficio omisso: eosque inuicem substituit, eosque exheredauit, si voluntati suæ non consensissent. Quæsitum est *an heredes instituti, hereditatem adire possint, si conditioni parere noluerint,cum habeant substitutos eadem conditione præscripta?* Et respondet Iureconsultus, *Seium & Augerium,primo loco institutos, perinde adire posse, ac si ea conditio,quæ fraudis caussa adscripta est adscripta non esset.* Hactenus ICtus.

20 Sed†dupliciter respondebam. Primo prædictam resolutionem non procedere,quando is, ad quem emphyteusis debet pertinere, heres vniuersalis instituitur,vt contingit in præsenti quæstione. Nam tunc testator, si eundem nominatum heredem instituat,potest ab eo emphyteusin alii relinquere: nā tunc testator generaliter de re heredis potest disponere,vti de re propria, tex. *in l. vnum ex familia, §.si rem,ff.de leg.2.* ibi: *Quod in hac specie non euenit,cum dominium rei sit apud heredem.* Nam sicut rem propriam,ita rem heredis legare possumus, *§.non solum. Instit.de legat.& l.Stycho.ff.de vsufruct.leg.§.1.Instit.de sing.reb.per fideicommiss.relict.& l.heredum, C.de fideicommiss.& l.si heredis seruus ff.de leg.1. Ias. in l.seruus electione,num.20.ff.de legat.1.Cornens cons.87.col.2. versic. item est præmittendum.vol.2.Paris.cons.2.nu.31.volu.4.* Vide quæ diximus supra *cap.12.nu.10.* quæ huc cōgruunt,& expresse in emphyteusi,per illum textum *in d.§ si rem.Consulens Romanus cons.35.visa facti.nu.4.versi.ad quod breuiter respondeo,* sequitur Bellonus, *consi.9.num.18.& 19.*& sequitur additio ad Alexand. *cons.8.num.15.lit.E.volum.3.vers non obstat.* & plures refert additio Quintil.Mandosii ad Romanum, *d.consi.35.*& tradit Alexan. *cons.173.nu.4.lib.2.* Quare in prædicto casu, vxor tanquam heres,emphyteutica prædia filiis fratris,quibus per maritum rogata, ac iussa est restituere post mortem suam, relinquere tenetur,ac eis interim cautionē præstare, iuxta mariti defuncti præceptum & voluntatem, quam ipsa agnouit. Quoniam heres repræsentat personam defuncti,atque ideo eius factum pstare debet, neq; illud impugnare potest, *l.cum a matre,C.de rei vindi. l.ex qua persona.ff.de regul.iur.l.si vxor,C.de bon.auctor. iud.possid.l.si ab eo.C.de neg.gest.& l.solutum.§.solutam. ff de pigno.actio.& l.filium.ff.de libera.caussa.& l.venditrici.C.de rebus alie.*& ita ex hac regula arguit Paulus Castrens. *consi 17.in caussa, quæ vertitur,colum.3. Fulgos.consi 67.pater familias,colum.2.Cuman.consi.33. quidam Roma.cons.18.visa facti narratione.col.fi.Dec. consi.183.in fin.& facit tex.in l.Pomponius. §.cum quis. ff.de actio. confess.*

Qua†ratione filiosfamilias succedens patri, tanquam heres,res aduentitias, quarum proprietas ad 21
filium pleno iure pertinet, a patre alienatas, a possessore reuocare,aut vendicare non potest,per tex. *in l.filium ff.de lib caussa,*& est verior sententia glossæ *d.l.cum a matre.verbo.non prohibetur,* quæ allegat *d.l.filium,*vbi filius heres patris non potest in seruitutem reuocare seruum suum, quem pater manumiserat:quia in re nihil speciale est in libertate, vt probat text *in l.si seruo alieno ff.qui & a quibus.* imō libertatis caussa in proposito deterioris conditionis censebant antiquiores,vt refert Bart. *in l.cum virum 7.ff de vsu.* & tradit Paulus *in l.alienam. versi. ex prædictis ff.de pign.actio.* Et prædictam sententiam vt filius alienationem aduentitiorum bonorum a patre factam rescindere non possit, si sit heres patris,tradunt gloss & Bart. *in l.fin.§.in computatione, num.6.C.de iure delib.& ibi Bald.& [illegible] & Alex. & Ias.num.9* & communem dicit Pinellus *in l.1.C. de bon.mater.3.par.nu.79.* Facit pro hac sententia, nā testator rem alienam iure ciuili legare potest ad hūc effectum,vt si sciens rem alienam esse legauerit, tādem heres cogatur,vel eam emere, & eam tradere legatario,vel eius æstimationem exsoluere, *l.cum alienam.C.de legat.* Quare testator potest legare rem heredis,sicut propriam, quam siue ignoranter siue scienter leget,legatum omnino debetur, *d.l.vnum ex familia,§.si rem.ff.de leg.2.* Iure etiam Pontificiō Innocentius *in ca.filius noster,de testam.* quem sequitur Iason *in l.heredem.C.de fideicommiss.* Et idem erit si testator legauerit rem subiectam restitutioni ipsi heredi, *l.filiusfamilias,§.cum pater ff.de legat.1.* vbi filius institutus fundum fideicommisso obnoxium,ad quem ex dispositione testatoris tanquam proximior de familia vocabatur,per testatorem extraneo relictum reuocare non potest, quoniam filio instituto non permittitur contra voluntatem patris venire:quocirca licet emphyteusis stipulata marito & vxori, altero coniuge præmortuo, ad alterum superstitem spectet iure proprio, ex dominica concessione, non iure transmissio, ac proinde,a moriente persona in superstitem, quasi ex fideicommisso,& substitutione,translata videatur, si alter coniunx moriens, alterum superstitem heredem instituerit, & emphyteusin, in qua iure proprio & domini beneficio succedit superuiuens, alii extraneō legauerit, vtique eam reuocare non poterit, sed omnino præstare legatario tenebitur, de qua testator ita disponere potest, sicut de re propria, licet heres peculiari iure ad se spectare contenderet. Vrget pro hac sententia, quod tradit Soarez *in l.ea quam in prioribus, C.de inoffic. testament. ampliatio. 7.* vbi specialiter scribit, filium primogenitum heredem institutum, a patre vitra legitimam & rogatum secundo genito tradere aliquam rem, quæ ipsimet primogenito erat restituenda post

mortem patris debete eam rem dare. Idem probat text. *d. l. vnum ex familia, §. sed si vno. ff. de leg. 2.* vbi si vno ex familia herede instituto, ille fundus, qui vni ex familia cum moreretur, heres iussus est restitui, extraneo relictus est, perinde fideicommissum ex illo testamento petetur, ac si nemo de familia heredis heres exstitisset. Verum is, qui heres scriptus est ratione doli exceptionis, ceteris fideicommissum petentibus facere partem intelligitur, deducta parte instituti. Nam quæ ratio ceteros admittit, quia sunt de familia, quia testator reliquit extraneo, eadem tacitam inducit compensationem, qui text & alia iura huiusmodi procedunt, quoties res legata est ipsius heredis, vel ei restitui debet iure fideicommissi. nec si res illa absolute esset prohibita alienari, & vinculo maioratus subiecta, etiam tunc heres tenetur ad æstimationem, quia res absolute alienari non potest, quod tradit Couar. *in c. filius noster, de testam. num. 3.* Quæ resolutio ampliatur, vt etiam si testator in re legata, quæ heredis est, ius aliquod, vel partem habeat, legatum omnino quoad totam rem effectum habeat, *l. cum filius, §. dominus. ff. de legat. 2.* ibi: *Dominus herede filio naturali scripto fundum suum conditione legauit, voluntatis ratio non patitur, vt heres ex causa vsufructus emolumentum retineat,* vbi Barto. & Doctores dicunt illum text. sing. *Romanus sing. 733. Anchar. & Imol. d. c. filius noster. num. 18. Corn. consil. 84. volum. 2. colum. 2.* & est communis opinio, *teste Rip. in l. seruo electione, §. fin. nume. 15. ff. de legat. 1.* licet Socin. *ibi & Ias. numer. 20.* & Alex. ind. eam reprobent, & dubitet Ripa, & gloss. *1. in fin. in l. cum alienam, cap. de legat.* quæ communis sententia placet Couarr. *dict. cap. filius noster, num. 3. vers. quin & si testator.*

23 Ex quibus † idem, & multo fortius, in proposita specie, asserendum est, vt similiter vxor a mariro heres instituta, *ex reg. d. l. cum matre*, fideicommissum, seu legatum de pretiis emphyteuticis, in quibus eadem nominata erat, impugnare non possit, licet prędia emphyteutica ad ipsum singulari iure nominationis pertineant, non hereditario, aut vniuersali. quoniam heres non admittitur contra factum defuncti, licet res alienata a defuncto foret ipsius heredis, qui succedens, non potest a defuncto factam alienationem rescindere, *vt tradit Pinell. in l. 1. 3. par. n. 81. C. de bon. mater.* & heres tenetur habere ratum factum defuncti, *vt tradit Rol. a Vall. cons. 71. nu. 35. vol. 2. & Hippol. Riminald. cons. 239. n. 102. vol. 3.* qui resoluunt, id procedere. quando de re heredis agitur, prout hic. Quare heres non potest renocare & pœnitere ad præiudicium illius, cui ex facto defuncti esset ius acquisitum, etiamsi defunctus potuisset reuocare & pœnitere. *vt tradit Rolandus cons. 47. n. 4. vol. 2. & Paul. Par. cons. 16. n. 126. vol. 2. & cons. 100. n. 8. vol. 4.*

Secundo † & principaliter respondeo, quod diximus *n. 19.* non procedere, quando de consensu nominati, in re emphyteutica apponitur grauamen onus vel conditio, quo casu cessat regula *l. vnum ex fa. n. 9. 1.* Cōsensus enim nominati excludit contrariam legis dispositionem, & prouisio hominis facit cessare prouisionem legis, *l. fin. C. de pact. conuent. & l. 3. ff. de pact. dotal. & l. vbi adhuc, C. de iure dot. & tradit Paris. cons. 15. n. 75. vol. 2.* & est tex. melior *in l. nihil propon. §. 1. ff. de leg.* vbi notat Barto. quod quoties aliquid est prohibitum consensu eius, in cuius fauorem prohibitum est, efficitur licitum, *text. in l. quoties. C. de fideic. & l. cum pater. §. libertis ff. de leg. 2.* ac proinde si lex aliquid alicuius in fauorem disponat, potest ille fauori suo renuntiare, *l. si quis in conscribendo. C. de pact. Paris. cons. 25. n. 50. vol. 2.* Quare licet nominatus ad emphyteusin grauari non possit, tamen si consensum præstiterit, valet grauamen: licet idem, qui heres est, in testamento, nominetur ad emphyteusin: tunc enim titulus nominationis, effectu transfertur, in titulum institutionis. Quod quidem fieri potest accedente consensu & voluntate nominati, qui in hoc potuit sibi præiudicare, tex. elegans *in l. sicut. §. venditionis ff. quib. mod. pign. solu.* ibi: *vt si hęc re permisit, valeat quod concessit*, vbi est casus notus, & singularis, quod qui potest præstare consensum in contractu, potest & in vltima voluntate. Et per illum tex. tradunt Doctores communiter, quod si consentio, permittendo, quod alius testetur de re mea, præiudicat mihi talis patientia, & consensus. & potest quis directo legare rem alienam, si rei dominus consentiat Baldus quem refert Ias. *in l. cum proponas. in 1. nu. 11. C. de pact.* & ad id præcise illum text. adducit Bald & ibi Ias. *nume. 5. in l. cum alienam. C. de legat.* & est bona decisio Bartoli *in l. cum quis decedēs, in prin. vers. fin. ff. de legat. 3.* & eiusdem Bartoli *consilio 211. quidam hinc filios, col. 1. dub. 1.* vbi scripsit, quod si quis consensit testatori leganti rem suam, sibi præiudicium facit, ex quo talis consensus inducit mandatum, & heres testatoris contra talem consentientem habebit actionem, & tradit Paulus Parisius *consil. 2. in alio consilio. nu. 20. & 21. volum. 3.* & per textum *in d. l. §. venditionis,* idem tradit *Anton. Gomez. l. 22. Taur. num. 5.* per quem tradit idem Baldus *in ca. 1. §. præterea quibus mod. feud. amitt.* vbi formaliter inquit illum text. esse singularem de eo, qui alteri de re sua testanti consensit. Idem Baldus *in l. fin. C. vnde legit. idem Bald. in l. venditione, C. de vsucap. pro empt. & in l. quoties ab omnibus, C. de fideicommiss. & in l. si tibi. §. pignore. ff. de pact.* idem Bald per tex. ibi in ca. 1. de prohib. *feud. alien. per Fed.* & tradit per illum textum ita consulendo Ias. *cons. 13. pro quo*... *num. 1. & 2. vol. 1. & Roder. Suarez in l. quoniam in prior. limit. in decla. ad legem Regni lim. 5. num. 13. fol. 65.* Facit etiam cap. *licet de voto,*... *num. 1. ff. quæ in fraud.*... *quod volente patrono libertus donauit non potest*... *reuocare,* facit *ca. 1. § præterea. quibus mod. feud. amitt.* & plures Doctores allegat Tiraquell. *in l. si vnquam, verbo donatione. argum. num. 348. & Pelaez in tract. de Maioratu, lib. 1. q. 23. num. 4. & late Phanutius de Phanutiis, gloss. 13. num. 6 fol. 518. Molina de primog. Hisp. libr. 4. cap. 2. num. 84. Peck. in de testamen. coniugum. lib. 1. cap. 17. Cephalus consi. 12. num. 34. volum. 1. Roland. a Valle consi. 10. nu. 41. volum. 3. Menzarius consi. 18. in princ. Paris. consi. 2. num. 20. volum. 3. Tellius Fernand. in leg. 17 Taur. num. 14. Couarr. in rub. de testam. 2. p. nume. 8. Padilla in l. Ciari, C. de fideicommiss. num. 19. Menchaca de success. resol. §. 1. nume. 11. Peregrinus l. 5. §. qui fideicommissam, ff. de hered. instit. nu. 37. Boerius quæst. 244. nume. 4. Guido Papa singul. 481. Bertrandus consi. 329. a num. 4. volum. 1. & lib. 2. consi. 103. a num. 50.* faciunt quæ tradit Tiraquell. *in ll. connubia. gloss. 15. verbo contracter. num. 145.* & quod tradit Couarr. *in cap. si heredes, de testam. num. 10.* & Suarez *d. l. quoniam in priorib. amplia. 10. num. 42. & Couarr. in c. Raynaldus. de testa. §. 2. num. 4.* & quæ tradidimus *in tract. de nomin. quæ. 2. num. 9.*

24 Et † proculdubio talis consentiens sibi præiudicat: quando fuit institutus heres, vt hic, quod in terminis consuluit Dec. *cons. 254. viso puncto, col. 2. versi. similiter, & vers. non obstat*, quando filius consensit, testamento patris, quia sibi præiudicat, in re prius donata sibi a patre, & ad idẽ facit, quod voluit Corneus *cons. 87. col. 2. vol. 2.* vbi proculdubio istud firmat, quando ille, cuius res fuit legata, apparet institutus heres, ex quo sibi præiudicium facit, *Paul. Paris. cons. 2. in alio nu. 21. vol. 2.* quoniam, qui vult consequens, necessario vult antecedens, & consentiendo dictæ ordinationi videtur prius renuntiasse titulo nominationis *l. illud, & ibi late Dd. ff. de acquir. hered. l. neq; pignus. ff. de regul. iur. facit lex. duobus §. fin. ff. de iureiur. in d. & l. nihil tam naturale. ff. de reg. iur.*

25 Præsertim † cum in proposita specie vxor heres instituta & nominata in emphyteusi simpliciter se hereditati mariti immiscuerit, absque beneficio legis, & inuentarii: ac proinde consequenter sibi præiudicauit, & adstringi potest obseruare grauamen & onus, omniaque per defunctum disposita, contra cuius factum non potest venire, *per d. l. cum a matre, & l. vnum ex familia. §. si rem. ff. de legat. 2. & Francisc. Curt. cons. 1. colum. fin. ad fin. & Alex. cons. 2. vers. 8. & cons. 92. viso col. 1. versic. confirmatur. volum. 5. Parisius cons. 2. nu. 29. volum. 3.* & simpliciter se inmittendo, imo continuando possessionem rerũ hereditariarũ, & eas administrando, approbauit testamentum, & disposita in eo, in præiudicium sui, & suorum heredum, *vt tradit Baldus in c. Imperialem. versic. quæritur vtrum de prohib. feudi alien. per Feder. Alexand. consil. 29. perfectis, vers. si tamen, volum. 5. & cons. 30. visis, num. 2. & cons. 87. accurate, num. 10. volum. 6.* & bona decisio Petri Anchara. *cons. 151. plura sunt dubia, colum. 4. vers. ego dico.* & in terminis nostris Dec. *cons. 254. col. pen. & fin. & Corn. cons. 87. colum. 2. ad fin. volum. 2.* & consentit Alex. *cons. 20. colum. pen. & fin. volum 3.* Quare heres præsens testamento, & dispositioni testatoris, ordinantis de re propria heredis, si postmodum simpliciter hereditatem adiuit, tenetur per testatorem disposita obseruare. *Paris. d. cons. 2. nume. 33. vol. 3.* quoniam præsens & tacens, testatorem disponere de re sua sibi præiudicat, *multa tradit Ias. in l. si quando. §. & generaliter. vers. 4. & vlt. C. de inoff. test.* potestque testator obligare bona heredis sui, quæ illi aliunde peruenerunt, quando ipse heres adiuit nullo cõfecto inuentario, *in vlt. l. fin. C. de iure delib. & per Baldum & Ang. in l. assiduis, C. qui potiores in pigno. hab. & per Alex. cons. 172. volum. 2.* & est communis cõclusio, *vt tradit Afflict. dec. 111. fuit dubitatum, colum. fin. & decisio. 209. instrumentum dotale.*

26 Ex † quibus infertur verissima conclusio, quod nominatio facta vxori de emphyteusi in testamento, in quo eadem heres fuit instituta, fuit translata ex titulo nominationis ad titulum institutionis, & sic ad caussam testamenti, prout in simili tradit Paris. *dict. consil. 2. num. 36. volum. 3.* Ex quo resultat vera conclusio, testatorem potuisse vxori nominatæ, seu nominationi grauamen adiicere & apponere: cum penes ipsam vxorem prædia emphyteutica, titulo institutionis, & ex vltima voluntate reperiantur, & consequenter veniunt in restitutione fideicõmissi, *l. si donatio. C. de donatio. & facit l. sequens quæstio, ff. de legat. 2. ad finem. & ibi Bald. in vltima nota. & in leg. donationibus, C. ad leg. falcid. vbi Cynus Petrus, & alij nos. cum aliis adductis per Decium, consil. 184. & pro terminis, num. 8. & 9. & per Socinum consi. 91. colum. 4. versi. sed dicet quispiam, volum. 1. & Corneus cons. 273. dubia. vers. & insuper, & versic. & maxime* vbi loquitur in re prius donata. *volum 4. & in terminis Dec. cons. 254. col. pen. Corn. cons. 87. vol. 2. Parisius consil. 2. numer. 37. volum. 3.*

Quinimo † licet maritus in proposita specie vxorem prius per actum inter viuos nominasset in emphyteusi, postea ipsam heredem instituens, potuit onus & grauamẽ imponere: nam certum est, quod testator potest imponere fideicommissum super re, per eum prius donata heredi, quando nominatim, & expresse hoc facit, *text. in dict. leg. sequens quæstio.* vbi quæ viuus maritus per donationem inter vxorem contulit, in fideicommissi petitione non veniunt. Quoniam respondet Paulus Iurecconsultus ea extra bonorum caussam, defuncti computari debere: & propterea fideicommisso non contineri, quia ex habitura est vxor, etiam alio herede existente. Sed si aliud disponat testator, id obseruandum est, vt docet idem Paulus, ibi: *Plane nominatim maritus, vxoris fidei committere potest, vt ea restituat*, text. in *l. Lucius, 78. §. mulier, ff. ad Trebellian.* vbi dos prælegata non eadit in fideicommisso, nisi specialiter aliud sit dictum, ibi: *Eiusdemq; vxoris fideicommisit, vt partem hereditatis, & quæcunque ei legasset, post mortem suam Titio filio communi restitueret. Quæsitum est, an summam quoque dotis, inter cetera legata ex caussa fideicommissi, filio suo restituere debeat? Respondit non alias, nisi manifestum esset, de dote quoque restituenda testatorem sensisse, atque etiam si sensisset eum, hoc fuerit approbatum.* & ibi gloss. verbo, sensisse. & tradit per illa iura Paulus Parisius *consil. 2. nu. 46. volum 3.* & licet gloss. *in vers. si mortis. l. si mulier in princ. ff. de legat. 3.* voluerit contrarium, tamen communiter reprehenditur, quia est contra tex. *d. leg. sequens quæstio, secundum Dynum, & Bald. dict. l. si mulier, in prin. ad fin. & Florian. vers. in gloss. ibi. ego contradicentes*, & tradit expresse Bartol. *in d. l. sequens. vers. 2. nota. & Paulus de Castr. ibi, & Cuman. vers. allegatur etiam, & Florian. in vers. in tex. ibi nominatim.* qui tradunt nominatim, & expresse posse testatorem, iniungere fideicommissum, rei propriæ donatæ heredi, nec istud inficiatur Alex. *d. cons. 20. n. 12. & Parisi. cons. 2. nu. 48. vol. 2.* Hic autem constat maritum per fideicommissum relinquere prædia emphyteutica, in quibus vxorem nominauerat, voluisse: dum onerat vxoris conscientiam, vt ea restituat, nepotibus ex fratre, quod ipsa agnouit tempore aperturæ testamenti. 27

Quamobrem † licet in fauorem nominati ad emphyteusin, introductum sit, ne grauari possit, tamẽ 28
omnes id limitant, vbi nominatus honoratur a testatore, & aliquod emolumentum percipit, quo casu grauamen vel onus nominato imponi posse admittunt, per text. *in l. vnum ex familia, §. sed si fundũ. ff. de legat. 2. & l. ab eo, C. de fideicomm.* Idemque iuris esse censent, si nominatus expresse grauamini consentiat quamuis ei nihil relinquatur, vt expresse tradit Ias. *cons. 15. num. 2. ad fin. & nu. 4. vol. 1. idem Ias. in l. si fundum per fideicommissum, nu. 37. vsq; ad num. 46. ff. de legat. 1. & Alex. cons. 20. ponderatis nume. 11. lib. 3. Corneus consil. 76. licet ex præsenti, num. 9. lib. 4. Ripa in leg. nemo potest, nu. 22. ff. de leg. 1.* Quare si filius nominatus in emphyteusi etiam de pacto & prouidẽtia, vel vxor a marito nominata, consensum adhibuerint

oneri vel conditioni adiectæ nominationi, debent onus ſubire, & iniuncta a nominante adimplere, arg.not in l.codicillis,91.§.1.ff. de legat. 2. & ibi Bart. & in l.ſi fundum,94.ff. de legat. 1. quoniam volenti nulla fit iniuria,l.cum donationis.C.de tranſact.& conſentiens iura ſua perdit. l.cum quidam ff. de admi. tuto.& multa prohibita tollerantur partium voluntate, l.1. ff.de ſeruis,& in l. pactum ff.de pact. allego adhoc text. meliorem de iure,in l.quidam cum filium,46.ff.de hered.inſt.vbi quidam cum filiumfamilias vellet inſtituere,ne ad patrem eius ex hereditate quicquam perueniret,voluntatem ſuam expoſuit filio, qui cũ patris offenſam vereretur,impetrauit ab eo, vt amicũ ſuum inſtitueret heredem, atque ita teſtamento,amicus filii ignotus teſtatori heres inſtitutus eſt, nec quicquam ab eo petitum eſt.Quærebatur,ſi ille amicus,aut adire nollet, aut aditam nollet reſtituere hereditatem,an fideicommiſſum ab eo peti poſſet, aut aliqua actio aduerſus eum eſſet?Et reſpondet IC. Aphricanus, Reſpondi, etiamſi manifeſtum ſit,ſcriptum heredem fidem ſuam interpoſuiſſe:non tamen aliter ab eo fideicommiſſum peti poſſe,quam ſi & ipſum teſtatorem, fidem eius ſecutum eſſe probaretur. Si tamen cum a filiofamilias rogaretur amicus, & aditurum ſe hereditatē recepiſſet, & reſtituturum patrifamilias facto non abſurde dici poſſe, mandati actionem futuram,& eam actionem patri inutilem fore:quia non ſit bona fide id ei reſtitui, quod teſtator ad eum peruenire noluerit.Sed nec filio vulgarem (id eſt.directam mandati) competituram, verum vtilem ſicut dari placet ei,qui cum filiusfamilias eſſet pro aliquo fideiuſſiſſet. ac paterfamilias factus ſoluiſſet.

29 Facit † in confirmationem, quod in ſimili tradũt Dd. Nam licet, grauamen onus vel conditio, in legitima filii,imponi non poſſit, vt in l.quoniã in prioribus.C.de inoff.teſt.tamen ſi filius conſentiat grauamẽ imponi poteſt. Vt late reſoluit Soarez ibidem ampli.10.a n.27.& 31.cum ſeq.Palat.in rub.de dona.inter virũ & vxo.§.47.n 2.Ant.Gom de teſt.c.11.poſt n.25.Menchaca de ſucceſſ.creat.§.10.n.254. & reſoluit Socin. cõſ. 230.in prin.lib.2. vbi aſſerit,onus adiectum legitimæ de conſenſu filii,reiiciendum nõ eſſe: quamuis ipſo iure pro non adiecto habeatur, vbi filii conſenſus, non adhibetur.gl.notab.vel bona dictum.in l ſi quando, §.& generaliter.C.de inoff.teſt.quam ſequuntur Bart. & Salyc.Iaſ.& Dd.communiter ibi,Imola in l. ſi quis poſthumos ff.de lib.& poſth.& in l filio præterito,ff de iniuſto rupto.Alex.cõſ.ſi.n.10.lib.5.Guil.Bened.in c. Rayn. de teſt.verbo.in eod.teſt.relinquens in 2.n.18. Dec.in l.nemo fraudare,n.4 ff.de reg.iur. Rip.libr.3.reſp 5.reſp.n.4. Pariſ.conſ.2.n.27.lib.3.& conſ.1.n.104.eod vol.Port.lib. 1.commu.opi.reg.42.verſ.22.lim.Guid.Pap.dec 96.dub. 1.& conſ.133.n.2 & Ruin.conſ.56.n.7.lib.2. & Soc.iun. conſ.136.n.16.lib.1.Ceph. conſ 153.n.76.vol.1.& Gutier. in rep.l.nemo poteſt.ff.de leg.1.notab.1.n.144.& rurſus in c.quamuis,n.13.de pact. lib.6. vbi expreſſe aſſerit,grauamen fideicommiſſi, in legitima filii,de eius conſenſu apponi poſſe,vt alii reſtituat, & ibi nu.37. ſubdit,id multo fortius obtinere,qñ conſenſus filii, & approbatio grauaminis,etiam poſt mortẽ patris interueniret,per d.l.ſi quando,§.illud,& §.generaliter.

30 Sic † etiam licet filius neceſſario inſtituendus ſit, aut exhæredandus, adeo vt filii præteritione teſtamentum nullum ſit,tex.in prin.Inſt de exhæred. liber. inter cætera. ff. de lib. & poſthum. tamen ſi filius conſentiat ſe præteriri, vel exhæredari,& teſtamentum patris approbet, excluditur a iure dicendi teſtamẽtum nullum vel a querela, text. in l.filio præterito.ff.de iniuſto rupto,& ibi Dd.& in l.non putauit, §.ſi quis ſua manu ff.de bon poſſ.contra tab gl.ſing cõmuniter approbata in l.ſi quando, §.& generaliter.C.de inoff.teſt.quam ſequuntur ibi Dd.communiter,& ſequitur Bal.in l.2.C. de bon. poſſ contra t. n.5. Ang.in l.qui ſe patris,n.9.C.vnde libe.Bald.d.l.filio præterito,& ibi Ang.& Imol.& dicit hanc magis cõmunem ſententiã Iaſ.in l. inter cætera ad fi ff.de lib & poſth.& Ant.Gom.in l.22.Tauri, n.5.Gutier.in c.quãuis pactũ,de pact.in 6 nu.27. Soar.in d.l.quoniã in priorib.ampl.10.n.31.& 32.Paul.Pariſ.cõſ. 2.n.23.vol.3.Pet.Stella in l.ſi duob.§.ſi prius.ff.de contra tab fol.258.facit Boer.q.204.n.39.& q.181.poſt n.4. & late ꝓbat Gutier.in rep.l.nemo poteſt ff de leg.1.1.notab.1.a n.138.139.& 142 & 143.& tradit Caſtell.in l.24.Tauri, concl.14.Ex quib.ſic in ꝓpoſito licet iuris diſpoſitio refragetur, nominatum grauari poſſe onere fideicommiſſi,tamen cõſenſus,& approbatio oneris ſeu grauaminis excludit legis prohibitionẽ. nec de nominatione reiicitur,imo efficaciter obligat cõſentientem,ad implendam defuncti voluntatem. ſicut etiam in prædicto caſu obligat cum effectu filium, ad præſtandum fideicommiſſum,vel adimplendum onus in legitima appoſitũ, a qua alias omne grauamen,vel conditio tollitur, ſicut etiam cõſenſus adſtringit patientem aliquem de re ſua diſponere. & teſtamenti nullitatem,bonorum poſſeſſionem cõtra tabulas & querelam excludit.

Idque † dubio carere dicebam, cum in propoſita 31
ſpecie vxor defuncti,in actis coram iudice,& in inſtrumento publicationis teſtamenti, approbationẽ & acceptationẽ ſubſcripſerit, vel alius de ipſius mãdato.per text.d. §.ſi quis ſua manu ,ac proinde efficaciter obligata remanſit cum acceptationem ſubſcripſerit.Nam ſubſcriptio,tantum operatur, quãtum ſcriptura,cum ſubſcriptione. l.fideiuſſor.§.pater ff.de pigno.l.ſicuti.§.non videtur,ff. quibus mod.pign.

cum aliis late cõgeſtis per Rebuff.1.tomo ad leg. Gall. tit.de chirog.recognitione in prin.n.51.idemque eſt ſi fiat inſtrumentum vel ſcriptura approbationis,& alius de mandato ipſius vxoris ſubſcriberet. text. elegans in l.Diuus Claudius,§.item.ibi: Videri enim ipſius domini manu ſcripta, cuius voluntate ea ſcripta ſunt.ff. de falſis.l.ſi ego,§.dotis ff. de iure dot. Panor. & Imola in c.cum inter. de re iud.num.7.Iaſ in l.edicta actio.num.7. C.de edendo.& Rebuff.vbi ſupra.nu.57. & vltra alium tradit Felin.in c.quoniam contra.de probatio. ante num. 49.fallen.7.

Et † ſufficit ſubſcriptio generalis, ſeu approbatio 32
habens relationem ad ſpecificata in teſtamento, §. 1.Inſt.de inutilib.ſtip.& tradit expreſſe Alex. in l ſi ita ſtipulatus.§.Griſogonus ff.de verb.obl. per illum tex.ibi, coram ſubſcribente,& ibi Alex.& tradit idem Alex. conſ.147.Ponderatis.vol.2.& Suarez in l.poſt rem iudicatam.in declara.ad leg.Regni.§.ſecundo extendi.n.6.& 7. vbi late probat,ſubſcribentẽ in ſcriptura, omnia præcedentia,ad quam illa refertur, approbare cenſeri.& ſufficere generalem approbationem, quia idẽ operatur genus,quoad omnia præcedentia quod ſpecies,quoad ſpeciem.l ſi ano.in fi.ff de adm. tuto l.ſi chorus,in princ.ff.de leg.3.tradit Pariſ.conſil.2. num.50. 33
volum.3.

In † inſtrumento namque publicationis teſtamenti, vxor expreſſe dixerat, quod acceptabat teſtamentum in totum,prout in eo continebatur. Quare relatio illa ad teſtamentum, de quo plenam habebat anti-

notitiam (quoniam coram ipsa lectum fuerat) omnia in testamento contenta includit, ac si singula expressisset, *vt d.l. si cohortem*, & relatum contineri dicitur in referente expresse, *l. asse toto ff. de hered. instit. & l. si ita scripsero. ff. de cond. & demonst. auth. si quis in aliquo, C. de eden.* & relatio ad testamentum, dicitur esse facta, secundum omnes qualitates, quæ in testamento ad quod fit relatio côtinentur, *vt tradit Bar. in l. si quis seruum. §. fi. vers. sed quæro ff. de legat. 2.* Vbi adducit *l. a filio. §. testator. & §. sequ. ff. de alim. & cibar. legat.* & cum *Barto. in l. 1. ff. de receptator. cum aliis adductis per Decium, cons. 63. notab. 6. & cons. 47. num. 1. & cons. 162. num. 3. Paris. cons. 2. num. 52. vol. 3.* & tradit Areti. per illum text. *in l. Titia. §. fin. notab. 1. ff. de verbor. oblig.* vbi vult, quod relatio, nedum refert substantiam, sed etiam omnes qualitates, sequitur Paris. *dict. cons. 2. num. 53.* Paria enim sunt, quid esse certum per se, vel per relationem ad aliud, ex quo in scriptura referente contineri dicitur, quicquid continetur in scriptura, ad quam fit relatio, *l. aut prætor. §. si iudex, & l. in summa in principio. ff. de re iudicata. & l. vbi autem non apparet. §. illud. ff. de verborum obligatio. & ibi Iason, num. 1. & 4. & copiosius Ias. in d. § in lex. num. 2. 3. 8. & 25. & Socin. cons. 4. num. 4. & cons. 62. numer. 8. volum. 4.* Et quia natura relationis est, vt procedat secundum veritatem patentem, ex coniunctione scripturarum relatarum & referentium vere & proprie, etiam in materia statutaria, vt plura adducit Ias. *in d. §. si iudex, num. 5. & 6. & in d. § illud, num. 1. versic. 4. ex quo venit per viam declarationis.* & quoniam regulariter, quando requiritur aliquid expresse fieri, sufficit quod colligatur ex mente & ratione, quæ satis colligitur per relationem ad aliud, in quo illud demonstratur & declaratur, vt est text. iuncta gloss. *in l. aut prætor, in prin. ff. de nam oper. nunt. & ibi Bartol. & Ias. nu. 2. 4. & 5.* vbi plura adducit, & plene tangit Felinus *in cap. translato, de constitut. Parisius cons. 2. num 5. volum. 4.* Prout etiam, nominatim quid fieri & exprimi dicitur, quando aliquid certitudinarie fit. & per relationem ad aliud certum. vt probatur *in l. 1. & 2. ff. de lib. & posthum. & ibi Doctores, & Socin. d. l. 2. not. 1* & concordat textus *in §. 1. Insti. de exhered. liber. text. in l. si nominatim. ff. de cond. & demonstr.* vbi nominatim quid fieri dicitur, quando illud celebratur & demonstratur, ac redditur certum, per aliquas demonstrationes seu qualitates, & facit text. *in l. certum ff. si cert. peta.*

34 Quamobrem † approbatio & acceptatio generalis, quod acceptabat testamentum in totum, prout in eo continebatur, & volebat illud adimpleri, per relationem ad testamentum, inducit approbationẽ & consensum grauaminis, & fideicommissi in emphyteutica nominatione adiecti, vt ex consensu efficaciter obligetur vxor, perinde ac si nominatim expressisset. Quare cum consenserit grauamini & fideicommisso, alteri ex filiis fratris, de restituendo interim cauere tenetur, vel eorum patri, si eos habet in potestate cautionem præstare, quo in futurũ euentum securi existant. text. *in leg. 1. ff. vt legat. seu fideicommiss. nom. caueat.* ibi: *Legatorum nomine satisdare oportere, prætor putauit, vt quibus testator dare, fieri ve voluit, eisdem & detur vel fiat, fidumq; malum absitum iri stipulentur. Semper autem satisdare cogitur, cuiuscunque sit dignitatis, vel quarumcunque facultatum* &c. & paulo inferius subdit, *Plane si ei, qui in potestate alicuius erit, legatum sit, cauebitur ei, cuius iuri subie-ctus est.* Illud autem verbum *satisdare*, de quo *in dict. leg. 1.* proprie est sponsores dare seu fideiussores, qui promittant & securum reddant legatarium, seu fideicommissarium, vt explicant Otho. *de verb. iuris verbo satisdare, & Alciatus, & Rebuff. in l. satisdationis appellatione. ff. de verb. sign.* & est text. *in §. 1. Insti. de satisdat. tuto.* Idem etiam importat verbum *cauere*, de quo *in d. §. plane*, & tradit Iureconsultus *in l. habere, 188. §. cautum. ff. de verb. sign.* vbi allegat *l. si dubitet in prin. ff. de fideiuss.* text. melior. *in l. filiusfamilias, 114. §. Diui. ff. de legat. 1.* ibi: *Iidem principes rescripserunt, filiis ante diem fideicommissi vel cõ m re. stitutis hereditatem maternam necesse non esse, sed præstare heredem posse vulgarem cautionem, aut si præstare eam nõ poterit, mitti liberos in possessionem fideicommissi seruandi causa, vt pro pignore non vt pro domino possideant nec vt alienandi ius, sed vt pignus habeant, & filius per patrem fructus consequatur, & seruus per dominum*, & ibi gl. verb. *vulgarem.*

35 Ac proinde † heres grauatus per fideicommissum restituere alteri, cogitur fideicommissario, cui restitutio facienda est, cauere de bonis conseruandis, vt expresse tradit Parisius *cons. 63. num. 1. volum. 1. & Beroius cons. 86. num. 8. volum. 2.* Neque potest disponere quicquam in præiudicium fideicommissariorum & substitutorum. *Parisius consil. 20. nume. 5. vol. 3.* & tenetur de culpa, & negligentia & restituere omne damnum contingens in rebus fideicommissarii, & ad omne damnum, & interesse. *Paris. cons. 81. num. 13. & 14. volum. 2.* & tenetur fideliter administrare & gubernare bona, *vt ibi num. 2.* & tenet in specie Cranetta *cons. 187. num. 7. volum. 1.* vbi ait, vxorem relictam vsufructuariam teneri cauere heredibus de vtendo & fruendo arbitrio boni viri, & de restituendo bona finito vsufructu. etiam si testator mandasset vxorem non molestari ab heredibus in vsufructu, vel ipsi heredes promisissent vxori, quod tradit Baldus *in l. 1. column. fin. C. de vsufruct. Angelus & Alexand. in leg. quod de bonis. §. frater. ff. ad leg. falcid. Decius 561. & 581. column. fin. & in cap. in præsentia, column. 1. de probatio. Iason in l. eum qui. §. fin. ad fin. ff. de iureiurando.* Quod verum est, licet testator prohibuisset talem cautionem ab vxore vsufructuaria peti, *Paulus de Castro. consil. 221. antequam veniam, col. 1. libr. 2.* adeo quod si ipsa vsufructuaria alienaret perderet vsumfructum, *§. finitur. Institut. de vsufruct.* & in præstanda cautione per vsumfructuariam, debet scribi qualitas rerum & earum æstimatio *l. 1. versicul. recte. ff. vsufr. quemadm. caue. l. si cui in prin. vbi gl. ff. de vsufr. ea. rer. quæ vsu consum. Alex. cons. 58. colum. 2. lib. 3.*

36 Secunda † quæstio est, *an vxor nominata emphyteusi possit hereditatem repudiare, & emphyteutica prædia retinere citra ius & nomen heredis, & proinde destituto testamento emphyteutica nominatio sustineatur?* Et videbatur posse: quoniam emphyteusis, res est ab hereditate discreta & separata, quare quemadmodum filius potest patris hereditatem repudiare, & emphyteusim retinere, *vt tradit Iason in leg. 2. C. de iure emphyten. num. 226. & late Valascus eodem tractatu, quæst. 44. per tot. & diximus in tract. de nom. quæst. 12. nu. 35.* ita etiam in proposita specie, videtur, vxorem nominatam emphyteutica prædia retinere posse & hereditatem mariti repudiare.

37 Sed contrarium † verius est, tum ex his quæ diximus *in prima quæstio.* vbi illam grauamini consensis-

ſe, ac proinde efficaciter obligatam oſtendimus, ideoque iam conſenſus ille præſtitus oneri impoſito, & approbatio iniuncti fideicommiſſi amplius reuocari non poteſt, *vt tradit expreſſe Cephalus, conſ. 82. nu. 70. & conſ. 91. num. 9. & 11. vol. 1.* Tum etiam, quia cum prædicta vxor, ſemel adierit hereditatem mariti defuncti, proinde iam heres eſſe, deſinere non poteſt, text. *in l. & ſi ſine. §. ſed quod Papinianus. ff. de minor.* text. *in l. ſuus heres,* ibi: *Cum reſpuere quæſitam nequiret hereditatem, C. de repud. hered. & l. ſicut maior. C. eodem,* ibi: *Ita quæſitam ſucceſſionem renunciando, nihil agit, ſed ius quod habuit retinet,* text. *in §. reſtituta. Inſtit. de fideicommiſſ. hered.* ibi: *nihilominus heres permanet,* & ibi gloſſ. *& l. ei qui ſoluendo. in fin. ff. de hered. inſtit.*

38 Hereditas † autem aditur ſola animi deſtinatione, propter quam quis efficitur heres, *l. ſi aũia. C. de iure deliber. & l. pro herede. in prin. & l. gerit. & ibi Bartol. & alij. ff. de acq. hered. notat Socinus conſil. 131. in præſenti. verſic. ſed hic eſt aduertendum, volum. 1. & Corneus conſ. 75. dum. verſic. item pondero, in fin. volum. 2.* ſufficit enim ſolus animus. abſque alio facto, *gloſ. & Doctores in d. l. pro herede. & in l. potuit, C. de iure delib.* dummodo animus, verbo, vel facto declaretur, *tex. in §. pen. Inſt. de hered. qualit. & diff. & tradit Bartol. d. l. gerit. column. 1. & Iaſon in d. l. pro herede. num. 12.* Vnde vxor dicendo, quod volebat eſſe heres & acceptabat teſtamentum mariti in totum, vt conſtabat ex inſtrumento publicationis & aperturæ, abſque dubio mariti hereditatem adiiſſe comprobatur, *vt in l. nam dubitari. ff. de hered. inſt. cum alijs quæ tradit Pariſ. conſ. 19. num. 104. volum. 2.* maxime cum prædictũ approbationis inſtrumentum ab ea fuerit ſubſcriptum, & aliorum teſtium ſubſcriptione roboratum quo caſu heres eſt abſque dubio cenſenda, ex pluribus traditis a Pariſ. *d. n. 104. ad fi. cum ſeq.* Ac proinde aditione, hereditas eius patrimonium effectũ eſt, ac aditione confuſa. *Pariſ. conſ. 69. nu. 84. & conſ. 74. n. 74. vol. 3. & conſ. 108. nu. 10. eod. & conſ. 1. n. 19. & 51 & conſ. 11. n. 43. vol. eod. & eſt tex. in l. 1. §. præterea. ff. de ſeparat. bon. & l. ſed ſi plures. §. ſi filio. ff. de vulgari. & l. 1. §. veteres. ff. de acq. poſſeſſ.*

39 Quamobrem † cum hæc vxor hereditatem adierit, cum legatariis & fideicommiſſariis contraxiſſe viſa eſt, & ideo tenetur & obligata eſt, ex quaſi contractu, ſeruare ordinata per teſtatorem, *l. ex maleficiis §. heres. ff. de act. & oblig. & §. heres. Inſt. de oblig. quæ ex quaſi contr. & tradit Bart. in l. cum res, in princ. & in §. culpa. ff. de leg. 1. & in l. de eo. ff. de iud. & text. in l. apud Iulia. §. fin. & ibi DD. ff. quib. ex cauſſ. in poſſ. eat. tradit Paul. Pariſ. conſ. 2. nu. 31. vol. 3.*

40 Obſtare † tamen videtur: nam vxor emphyteutica prædia titulo particulari prælegati capere, videtur: quare licet heres a marito fuerit inſtituta, cum tamen fuerit ſpecialiter nominata in prædiis emphyteuticis, iſta accipit tanquam prælegatum, ac propterea hereditatem, in qua fuit inſtituta, repudiare poteſt, per tex. *in l. cum reſponſe C. de legat.* ibi: *Cum hereditati matris filius renunciaſſet, nihilominus eam recte legatum vindicare, viſum eſt.* Probat IC. *in l. filio, 87. ff. de legat. 1.* ibi: *duriſſima eſt ſententia exiſtimantium, denegandam ei legati petitionem, ſi patris abſtinuerit hereditate,* text. *in l. qui filiab. 17. §. fi. ff. eod.* ibi: *Sed etſi abſtinuerit ſe hereditate, conſequi eum hoc legatũ poſſe conſtat. l. quæſitum, 92. §. duob. ff. eod. cum alijs a me congeſtis, in tract. de nom. q. 7. nu. 41.*

Sed hoc † non obſtat, quoniam illa iura limitantur & intelligenda ſunt, quando is, cui prælegatum factum eſt, ſe ab hereditate abſtinuerit, neque defuncti iudicium agnouerit, quo caſu prælegatum acceptare poteſt, & hereditatem repudiare. Et ita loquuntur prædicta iura, quæ ante aditam hereditatem intelligenda ſunt. Tunc electio eſt ipſius heredis, acceptare prælegatum & hereditatem repudiare. *vt d. l. cum reſponſo,* ibi: *hereditati matris filius renunciaſſet. & in d. l. filio,* ibi: *Si patris abſtinuerit ſe hereditate.* Hereditas enim, quæ ſemel aditione apprehenſa eſt, repudiari non poteſt, *vt in l. ſicut maior. C. de repud. hered.* & per argumentum ab ſpeciali probat text *in l. ſi minor. ff. de acq. her. & l. neceſſarius. ff. eod. & l. aut prætor. §. ſed ſi hereditatem. ff. de minorib. & l. & ſi ſine. §. reſtitutus ff. eod. & tradit Dyn. in regu. quod ſemel placuit. de reg. iur. in 6. nu. 13.* 41

Ac † proinde vxor heres inſtituta, emphyteutica 42 prædia titulo prælegati, nominationis, ſibi in teſtamento relicta a marito, retinere non poteſt & hereditatem repudiare, fraudãdi & interuertendi fideicommiſſi cauſſa, poſt agnitam ab ea hereditatem, cuius aditione oneribus hereditariis ſe obſtrinxit, & ad implendam defuncti voluntatem ſe obligauit: quare ſi poſtea eludere ac fruſtrari mariti diſpoſitionem intendat, ex cogitatis machinationibus, non tantum hereditate, ſed etiam bonis emphyteuticis, quæ nominationis & prælegati titulo accepit, omnino priuabitur. Etenim ſtatuit lex, vt ille, qui præceptum ſibi a teſtatore traditum non ſeruat, puniatur & priuetur, omnibus bonis ſibi a teſtatore relictis, omnique commodo & emolumento, text. elegans, *in l. ſi quis ſepulchrum. §. prætor ait, verſ. niſi aliquid. ff. de religioſ. & ſumtib. funer.* ibi: *Eum facere oportet, quem decedens elegit. Sed ſi non ille fecit, nullam eſſe huius rei pœnam conſtat, niſi aliquid pro hoc emolumenti ei relictum eſt. tunc enim ſi non paruerit voluntati defuncti, ab hoc repellitur,* tex. *in l. fin. in fi. C. de fideicomm. & l pen. C. de legat. ad fin. & ibi gloſſ. verbo, auferetur,* per quæ iura ita tradit Paulus Pariſius *conſ. 1. num. 68. vol. 3. idem Pariſ. conſ. 91. num. 50. vol. 2.* Heres enim, qui ſpreuit honeſtum teſtatoris præceptum, ipſi efficitur odioſus & teſtatorem iniuria afficit, non ſeruãdo eius voluntatem, *vt tradit Alex. conſ. 156 opportune. col. fin. vol. 1. & Corn. poſt Bald. in authen. hoc amplius. 1. notab. C. de fideicommiſſ. Paulus Caſtren. conſ. 259. difficultas dubiorum, verſicu. inſertur. vol. 1. Pariſ. d. conſ. 91. num. 55. & d. conſ. 1. nu. 67. vol. 3.* Ac proinde huiuſmodi pœna imponitur propter ſpretam teſtatoris voluntatem, quo caſu non conſideratur, niſi contemptus & cõtumacia heredis ſpernentis, *l. ſtipulatio iſta. §. alteri. ff. de verb. oblig. tradit Bart. in l. 2. §. fin. ff. eod. & ibi Doctores.*

Quamobrem † citra ius, & nomen heredis, emphyteutica prædia vxor retinere non põt repudiata 43 hereditate mariti. Nam cũ vnico teſtamento & voluntate, tum emphyteuſis, tum etiam hereditas relicta ſint, atque illa teſtamentaria diſpoſitio, vtriuſque coniugis conſenſu copulata, & demum morte confirmata ſit, ſeparari non poteſt, quoniam vnica fuit voluntas, & vna teſtatoris diſpoſitio. Ideoq; rerum ſeparatio admittenda non eſt, quoniam teſtamentum, in quo vnus tantum heres inſtitutus eſt, eſt actus indiuiduus, qui pro parte valere non poteſt, *vt notant Cyn. in l. fin. ꝗſitum. C. quis teſtament. ſecun. poſſ. & Baldus per illum text. in l. ſi is qui legem. ff. de teſt. ...*

testam. & notat Decius in l. ius nostrum, ff. de reg. iur. nu. 1. Aliter enim, si vxor, vniuersalis heres instituta, repudiata hereditate, emphyteutica bona retinere posset, fraudaretur iusta testatoris voluntas, & testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decederet, contra d. regulam, *ius nostrum.* & destituto testamento, vel accersito colore per fraudem reuocata abstensione, hereditas ab intestato defertur: quia nemo adit hereditatē, *tex. in prin. Instit. de her. qua ab intest. defer.* Quare nisi adeat, veraq; per aditionē heres efficiatur, emphyteusin quasi nominata consequi non potest, *vt diximus in tract. de nomin. q. 12. n. 26 fol. 134.* ac proinde ipsa nominatio emphyteutica, tanquam quid accessorium, cum ipso titulo hereditatis exstinguitur, *vt scripsimus in eodem tract. q. 10. n. 9. & seq.*

44 Nominatio † enim emphyteutica, in testamento facta, sortitur naturam testamenti, in quo fit, & ab eo dependet, adeo, quod infirmato testamento, nominatio quoque in eo facta infirmetur, *Ordin. in nouis. lib. 4. tit. 37. §. 4. incipit. E bem assi.* Vnde si heres institutus non adeat hereditatem, omne ius testamēti soluitur *l. si nemo. ff. de reg. iur. l. si nemo. ff. de testa. tut. & l. eam quam. C. de fideicommiss. & l. sed & si plures. §. si ex a se. vers. nec enim ff. de vulg.* Quare quemadmodū destituto testamento, quia heres repudiauit, vel noluit adire hereditatem, caussa testati ad caussam intestati reducitur, *vt in § posteriore, Inst. quib. mod. test. infir.* ibi: *si quis noluerit heres esse paterfamilias intestatus moritur, & in prin. Inst. de her. qua ab intest. defer.* & legata non debentur, *vt in l. eam quam. C. de fideicom.* ita etiam corruit nominatio emphyteutica, quæ vicem legati, seu prælegati subit, *vt in l. vnum ex familia. §. sed si fundum. ff. de legat. 2. & ibidem Paul. & Florianus,* & dixi *in tract. de nomi. quæst. 1. num. 8. & qu. 10. numer. 2.*

45 Nec † obstat authen. *ex caussa. C. de lib. præter.* ibi: *Cetera namq; manent.* quoniam ille text. intelligēdus est, quando testamentum ex caussa præteritionis, vel exheredationis irritum fit, quo casu legata sustinentur ac conseruantur, non vero loquitur, quando testamentum corruit, quia heres institutus hereditatem adire noluit, quoniam tunc legata etiam exstinguuntur ac euanescunt, *vt d. l. eam quam,* vbi ita tradit Meneses, *nu. 15. & 34.* & addo tex. *in l. si quis testamento facto. ff. de leg. 2. & in l. fin. ff. de iure codicill. vt in leg. 1. ff. de iniusto rupto. & in l. omnium. C. de test.* ibi. *Et ius omne ipsa complere aditio videtur.* Quinimo non tantum legata, sed & pupillares quoque substitutiones herede instituto hereditatem non adeunte, corruūt *l. 2. § adeo ff. de vulgari, & l. quasitum. ff. de acquir. hered.* Item tutelares dationes, *l. si nemo ff. de testam. tut. l. si is qui tres §. euenire. ff. de excus. tuto.* libertates quoque *l. 2 ff. de testament. manumiss. l. enim. ff. si quis omiss. caus. testament.* denique omne ius testamenti soluitur, *vt dict. leg. si nemo.* Habent enim semper legata & fideicommissa tacitam conditionem, si heres adeat hereditatem, *l. 3. ff. de legat. 1. & leg. heredis aditio. ff. quando dies legati cedat.*

46 Quod † autem vxor vnica heres instituta & specialiter titulo prælegati nominata, in prædiis emphyteuticis, si hereditatem repudiet, prælegatum quoque nominationis amittat, text. *in leg. patronus filium. 55. §. quod ergo. ff. ad Trebellian.* ibi: *Sed nec aliud translatitie omittendum est, instituto, qui coactus est adire fideicommissi petitionem denegandam esse. Cur enim non videatur indignus, vt qui destituit supremas defuncti preces, consequatur aliquid ex voluntate?* Et paulo infra: *Adeo Senatus nihil apud eum ex ea parte quam dereliquit, voluit relinquere, vt neque falcidiam exercere possit, neque præcepto apud eum relinquitur, neque substitutio quoque secundarum tabularum, &c.* textus *in leg. is qui. 22. ff. de vulg. & pupill.* melior text. *in leg. 88. ff. de legat. 1.* vbi Martianus Iureconsultus, in limitationem regulæ, quam Papinianus *in leg. filio. 87. præcedenti* præmiserat filium suum, vel emancipatum se ab hereditate abstinentem, in totum prælegatum consequi: ea ratione, quia non impugnatur defuncti iudicium ab eo, qui iustis rationibus noluit negotiis hereditariis implicari. Subdit id locum non habere, si testator aliud voluerit, vel prælegata loco hereditatis posuerit, ibi: *Sed si non alias vo uit, eum pater habere legatum, nisi hereditatem retineret tunc neque aduersus coheredem dandam ei legati petitionem, secundum Aristonis sententiam constat. Et hoc ius est, licet non conditionaliter expresserit, intellexisse tamen manifestissime ea probetur.* Et idem Papinianus *in leg. quid ergo 90. ff. eod.* ibi: *euidens voluntas contraria patris probetur, plane si pluribus filiis institutis, inter eos verbis legatorum bona diuiserit, voluntatis ratione legatorum actio denegabitur ei qui agnouit hereditatem.* Et ita per prædicta iura tenet expresse Antonius de Meneses *in l. eam quam. C. de fideicommiss. num. 85* vbi inquit, quod etiam si filius vnicus heres a patre institutus aut heres extraneus, cui factum est prælegatum in testamento, id amittit, repudiata hereditate.

Est † enim prælegatum pars testamenti, in quo 47
relictum est, ac proinde, sicut ex voluntate testatoris ab hereditate separari non potest: ita etiam nominatio facta in testamento, quæ ipsius vicem sustinet ac naturam sortitur: prout videmus in donatione facta in testamento, quæ prout testamentum reuocabilis est, *vt tradit Ripa, in l. nemo potest. ff de leg. 1. num. 34. Fernandus Arias in leg. 15. Tauri. in princip. gloss. in l. si alienam. §. Marcellus. ff. de donatio. causs. mortis.* Quare nominatio facta in testamento etiam per viam contractus reuocatur, & sequitur naturam testamenti, *tradunt Baldus Paulus Castren. & Aretin. in l. heredes palam, in fin. ff. de testament.* vbi firmant, quod si quis in testamento dixerit, *Si testamentum meum non valet iure testamenti, valeat iure donationis inter viuos, &c.* reuocato testamento, prædictam quoque clausulam corruere: quoniam sequitur naturam testamenti, quod est reuocabile, *tradit Hippolytus Rimminaldus in §. 1. Instit. de donatio. num. 391.* Quæ omnia eo adduximus, vt manifestum foret, nominationem hanc emphyteusis a marito in testamento vxori vniuersali heredi institutæ factam, sortiri effectum non posse, nisi ex testamento hereditatem adierit, quoniam hereditate non adita consequens est, nominationem quoque emphyteuticam in eo factam euanescere, ac exstingui.

Quod † euidentius demonstratur in simili in feudo de pacto & prouidentia, in quo filius in testa- 48
mento institutus, nequit reliquam hereditatis partem repudiare, retento feudo, quod asserit communiter recepta, *gloss. in cap. 1. an agnat. vel fil. ii, vel fi. l.*

repudiare. & versic. aut vtriusque per text. ibi, & ibi Iserna vers. vbi vero. Odofred. in tit. vtrum aliquis heres etus feud. renunt. possit, Ioann. Andr. in additio. ad Speculato. de feudis. vers. 37. in additione. Directe, citans Iacobũ de Ardizo alias de Verona. vbi hoc adeo verum esse describit, vt neque in feudo ex pacto, vel prouidentia acquisito, filius repudiare hereditatem & agnoscere feudum possit, tradit nouissime Michael ab Aguirre *in responso, super successione regni Portugal. prima parte Apologia, num. 81.* Quare idem est in emphyteusi, *vt tradit gloss. dict. ca. 1. versic. aut vtrumque,* licet illam reprobet Valascus *in tract. de iure emphyteut. quæst. 44. num. 7.* Vnde siue emphyteusis sit sub vulgari formula nominandi, siue de pacto & prouidentia, siue etiam hereditaria, eam vtique vniuersalis heres institutus retinere non potest, & reliquam hereditatem repudiare, percepta emphyteusi ex his, quæ diximus *in tract. de nominat. quæst 7. num. 43. & quæst. 12. num. 46. & num. 47.* Idque efficacius vrget, si heres absque beneficio inuentarii adeat hereditatem, quo casu in solidum tenetur factum defunctus comprobare, *ex his, quæ supra diximus.*

49 Quod † autem emphyteusis secularis, siue assumatur cum clausula, *pro se & heredibus*, siue *pro se & liberis*, seu *filiis*, nisi filius sit heres patris, obtineri nõ possit, tradunt Bartol. & ibi Iason *nume. 27. post alios in l. quod dicitur, & ibi Alexand. num. 19. ff. de verbor. obligation.* vbi hanc veriorem esse opinionem profitentur. Idem Bartol. *in l. si tibi. §. si pactus nume. 9 ff. de pact. Imol. in cap. potuit, num 58. de locato. Præpos. in ca. 1. an agnat. vel filius, colum. 3. versicul. quæro cum gloss. Decius consil. 149. colum. 1. & Curtius Iunior consil. 138. num. 21.* & hanc vt veriorem sequitur Valascus *de iure emphyteut. quæst. 44. num. 6.* Licet autem in emphyteusi Ecclesiastica, aliud receptum sit, quia illa non transit ad quoscunque heredes, nisi ad filios, iuxta textum *in §. emphyteusis, in Authent. de non alienand.* glossam & communem *in leg. etiam. ff. solut. matrimonio.* Quare possunt filii emphyteusin concessam pro se & filiis consequi, licet a paterna hereditate se abstineant, *vt tradunt Bartol. Angel. & Alexand. dict. l. quod dicitur idem tenuit Barto. & in leg. si tibi. §. si pactus. ff. de pact. vbi Bald. Angel. & Fulgos. idem Bart. in leg. vers. siue ande. §. si liberi. num. 6. ff. de oper. liber. & in l. si non fuerit. §. libertus, colum. fin. ff. de condit. indeb. & in l. Gallus §. quidam recte. ff. de lib. & posthum.* & plures referendo, tradit communem Ias. *in dict. leg. quod dicitur. num. 29 sequitur Alciatus, & ibi eius additio. regula 1. præsumptio 31. nume. 3. Couarr. lib. 2. Variar. resolutio. cap. 18. num 4. versi. quinto deducitur.* Ceterum si emphyteusis Ecclesiastica eiusmodi sit, quæ tamen ad extraneas personas trãsire possit, seu ad quoscunque heredes (quemadmodum & secularis) vtique crederem eam citra ius, & nomen heredis, i. e. repudiata hereditate obtineri non posse. Quod sane deducitur & comprobatur ex his auctoribus, qui Ecclesiasticã emphyteusin, non tantum ad filios, sed ad quoscunque etiam heredes extraneos transire posse fatentur, ex forma inuestituræ & concessionis, prout apud nos quoq; vsu & praxi inueterata passim receptũ est, in nostro Regno, vbi emphyteuses Ecclesiasticæ conceduntur, non indistincte pro filiis, sed promiscue, *pro se, & vxore, vel filio, vel filia nominandis, & non existente filio, vel filia, pro alia quacunque persona a posteriore, nominanda*, vel pro se, *& duabus personis successiue nominandis*, sublato filiorum nomine. In qua specie, cum nomine tantum non effectu emphyteusi Ecclesiastica, a seculari differat, cum similis, imo eadẽ sit vtriusque concessionis & inuestituræ formula, & a regulis iuris communis recedatur, consequẽs est, vt nisi filius, idem quoq; heres sit, emphyteusin Ecclesiasticam nominationis, seu pro persona nominanda, seu pro se & filio institutus heres, repudiata hereditate retinere non possit: quoniam iam cessat, ac deficit illa filiationis qualitas & prærogatiua, quę hereditatis nomen respuit, quia ex pacto & cõcessionis forma ad imaginem secularis emphyteusis, q̃ repudiata hereditate retineri non potest reducitur. Quamobrem eleganter glossa verbo *aut vtrumq; in c. 1 an agnat. vel filius ad fi.* obseruauit filium emphyteutæ, heredem institutũ, repudiata hereditate emphyteusin retinere non posse, quã sequitur ibi Bald. Præpos. & Aluar. *col. 3.* & Zas. *de feud. 8. part. 4. conclus. vers. prædicta distinct.*

Vltimo † vrget noua consideratio. Etenim emphyteusis in testamẽto, in quo ipse nominatus, heres vniuersalis instituitur, singulari titulo nominationis, seu prælegati relicta, si vt quota hereditatis consideretur, ab vniuersali hereditatis titulo diuidi & separari non potest, quia est quid indiuiduum, quoniam est successio in vniuersum ius, *l. hereditas. ff de reg. iur.* ac proinde separatim emphyteusis citra hereditatis titulum, retineri nequit, ne pro parte testatus, & pro parte intestatus defunctus decedat, contra regulam *l. ius nostrum. ff. de reg. iur.* Aut vero emphyteusis heredi instituto, titulo particulari nominationis seu prælegati relicta, vt quota bonorum consideratur, prout re vera est, & tunc quoque omissa hereditate retineri non potest, prout in simili receptum est in filio, qui heres institutus, non aliter ab hereditate patris legitimam, quæ quota bonorũ est, capere potest, quam vt heres, *vt est gloss. in cap. Raynutius, de testam. verbo legitimam ipsam, & gloss. in l. 3. § sed vtrum vers. patrimonium. de minorib.* Quapropter si hereditate se filius abstineat, legitimam cõsequi minime potest, *vt abunde scribunt Cynus, Raynerius, Albericus, Bald. & Angel. Salyce. Paul. Alex. & Corneus in l. heres, C. de impub. & aliis subst. tractant alii relati per Tiraqu. de primog. q. 35. num. 10. & a y nouissime relati per Michaelem ab Aguirre, 1. par. Apolog. in respons. de success. regni Portug. nu. 75.* Et tamen legitima, non quota hereditatis, sed quota bonorum est *tex. in l. Papinian. §. quarta autem ff. de inoff. testam. Paul. de Montepico. in l. quartam. num. 48 ff. ad leg. falcid.* & est communis secundum Berengarium. ibi, *fol. 21.* & late comprobat Aguirre. *d. 1. part. Apol. n. 61. & 62. 63. & 64.* Vnde idem quoque resoluẽdum est, in emphyteusi, quæ non hereditatis, sed bonorum appellatione cõtinetur, *l. bonorum. ff. de verb. sig. Rot. in l. si constante. n. 25. ff sol. mat. Pars. lib. 1. co. 2. n. 53. cum aliis adductis per Valasc. de iure emph. qu. 44. nu. 8. vers. est etiam secunda limitanda.*

Tertia † quæstio est, *an vxor nominata ac heres instituta, ex eo hereditatem adiisse censeatur, quod est in* 51
possessione hereditatis, & res hereditarias alienare, donare aut vendere, & debita exigere, & persoluere cœperit? Et remota disputatione verissimum est, ex venditione rerum hereditariarum ab herede, vel si alteri mandet, vt vendat, aditionem induci, *textus in leg. pro herede. § proinde ff. de acquirenda. hered. leg.*

si

ff. quis mihi bona. §. sed qui mandauit. ff. eod. ibi: *Aut vt rem hereditariam distrahat, vel quid, si pro herede gerere mandauit. Verius est ex his omnibus aditionem esse introducendam*, tradit Maranta *in repet. l. si potest. ff. de acquir. hered. nu. 55. Bursatus cons. 19. nu. 32. ad finem. & num. 33. vol. 1.* Vel etiam inducitur aditio si heres cedat, vel donet, aliquam rem hereditariam, *vt tradit ibi Maran. nu. 54.* vel si soluat debita, vel exigat, vel legata tradat, *vt ibi nn. 72. 74. 78.* vel si reperiatur in possessione hereditatis, *vt ibi n. 57.* Hæc omnia concurrebant, in proposita consultatione, quæ satis ostendunt, vxorem hereditatem adiisse, cum isti sint actus, qui non possunt geri citra ius, & nomen heredis, ac proinde hereditatis aditio inducitur, *per leg. gerit, & l. pro herede supra dict. tradit Zuchard in rubric. C. qui admitti, num. 80. & Maranta dict. l. si potest, num. 53.*

52 Vltima † quæstio est, *an nominatio emphyteusis sit caussa pia, si fiat pro alimentis & citra hereditatis aditionem, sicut legatum pium conseruatur?* Et respondeo, nullibi in iure cautum esse nominationem emphyteusis, vllam in se pietatem continere, neque inter caussas pias connumerari, etiam si expresse maritus nominauerit vxorem in emphyteusi, vt haberet, vnde se aleret: Illud enim magis demonstrationis, quam pietatis caussa, adiectum videtur, argument. text. *in l. quidam testamento 96 ff. de leg. 1. & ibi gloss. verbo iniecisse*, vbi Iureconsultus: *Respondi* (inquit) *verosimilius esse patremfamilias demonstrare potius heredibus voluisse, vnde aureos quadringentos sine incommodo rei familiaris, contrahere possent, quam conditionem fideicommisso iniecisse, quod initio pure datum esset, & l. fin. §. Titia ff. de lib. legata. Bartol. in l. centurio. numer. 39. ff. de vulgar.* Item legatum alimentorum hic non venit principaliter in legato, sed in consequentiam nominationis emphyteuticæ. Item legatum pro alimentis, tunc demum pium censetur, cum pauperi, vel ei qui famem patitur, factum est, non quando fit diuiti, vel alia bona habenti, fauore amicitiæ, *vt voluit Bartol in leg. also ff. de alim. & cibariis legat. & plura adducit Tiraquell. in tract. de pia caussa, in præfatione, fol. 7. versic. Sed hæc intellige.* Quare cum hæc nominatio legatum pium non sit, cessat regula, quæ habet, legata pia deberi hereditate non adita, de qua per Tiraquellum *de pia caussa. priuilegio 33.*

53 Denique † dicebam, conditionalem aditionem seu acceptationem hereditatis posteriorem ab vxore factam, non obstare, scilicet. *Que acentaua a manda, de seu marido. com as condicones & encarregos, que elle de dereito lhe podia nelle deixar.* Quoniam meminisse debuisset aduocatus miseræ mulieris, qui, vt ita adiret, consuluit, aditionem hereditatis esse actum legitimum, qui non recipiat diem neque conditionem, vt ita sit Papinianus, *in l. actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti emancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio, in totum vitiantur, per temporis vel conditionis adiectionem.* Quare illa protestatio seu conditio hereditatis aditioni adiecta inutilis est & nullum operatur effectum, sicuti protestatio, facto contraria. *l. Nesennius ff. de neg. gest.* Vnde hereditatis aditio conditionalis esse non potest, *vt in l. enim, qui §. vlt. ff. de acquir. hered. & not. Dynus in reg. actus legitimi, num. 5. de reg. iur. in 6.* Est enim conditio contra substantiam ipsius aditionis, quæ nequit esse conditionalis, quare est nulla *l. enim*

precario. ff. de precario. ibi, nulla vis est huius conuentionis.

Obstare † tamen videtur per hanc protestationem, declaratoriam vel similem, nō induci aditionem ex illo actu etiam contrario protestationi, super quo interponitur, *vt in l. qui in aliena §. Celsus, cum ibi not. & in l. pro herede. ff. de acq. hered.* Hoc enim verum est, quando ille actus protestationi contrarius pendet a solo facto protestantis, vt in exemplis, de quibus *in d. verb.* Sed si actus celebretur, cum alio per heredem, veluti si bona vēdat, aut donet alii, vel coram iudice in totum acceptauit, testamētum defuncti & illius implementum, vel exegit debita, ab hereditariis debitoribus, vel quicquā simile gessit, q; geri non potest citra ius & nomen heredis, tunc per talem actum contrarium protestationi, intelligitur a protestatione recessum, & sic inducitur aditio, & locum non habet § *Celsus*, secundum Bart. ita notabiliter illum tex. limitantem, *in l. non solum. §. morte. ff. de noui oper. nunc. in specie protestationis.* per tex. *in c. sollicitudinem, de appel. & in c. 1. quod met. caus.* & non tantum in d casu protestans, quoad hoc est heres, quoad illum cum quo actus geritur. *l. fin. cum ibi not. ff. de in litem iurando. aliis.* sed etiam quoad omnes alios, *secundum Bar. idem probatur in l. pro herede, §. Papinian. & ibi not. Bar. & alij* & expresse hanc doctrinam tradidit Carol. Ruin. *cons. 157. circa primum, nu. 2. vol. 3.* Quare idem est in proposita specie dicendū, in qua hæc vxor acceptauit hereditatem cum conditionibus & oneribus, quæ de iure eia marito poterat imponi. Ceterum cum respectu hereditatis residuæ, in qua nullum onus vel grauamen appositum est, hereditatem acceptauerit, & respectu emphyteusis, in quam eorum verborum intentio dirigitur grauamen & onus respuere videatur, vtique adeundo hereditatem a protestatione grauaminis, per actum contrarium aditionis recessisse visa est. Nam & in caso illorum iurium filius, cui delata hereditas patris erat, abstinuerat se patris hereditate: & deinde tanquam heres, accepit implementum conditionis a legatariis, vel solutionem a debitoribus hereditariis. vnde per hunc actum contrarium, cum alio celebratum, inducitur aditio. & ab abstēsione & protestatione præcedenti contraria recessum videtur.

Item † illa verba, *quod acceptabat testamentum cum conditionibus & oneribus. qua de iure in eo maritus poterat relinquere.* relata ad iuris dispositionē, simplicem hereditatis aditionem inducunt: quoniam, qui dicit, se hereditatem adire cum conditionibus & oneribus, quæ a iure imponi possunt, sane exprimit, quod a iure inest, & expressio eius, quod tacite inest, per modum dispositionis nihil operatur, *tex. in l. hac verba. ff. de legat. 1. & in l. si arrogator. ff. de adopt. & in l. quæsitū. §. fin. ff. de distract. pign. & l. non recte, C. de fideiussorib. Alexand. cons. 33. num. 5. vol. 1. Duen. reg. 285. Tarzan. lib. commun. opin. reg. 50.* Vnde inutilis est expressio eius, quod tacite inest, *argu. leg. Cornelius ff. de hered. instit.* quo casu, quando aliquid inest, de necessitate, per expressionem non augetur, nec minuitur effectus, *l. hac verba, ff. de legat. 1.* Quare pār est virtus taciti, & expressi in contractibus. *l. cum quid. ff. si cert. pet. tex. in l. stipulatio ff. de verb. oblig.* Conditio igitur expressa in hereditatis aditione, relata ad iuris dispositionem, cum non sit de futuro, neque suspendat dispositionem, *vt in §. conditionum* 54 55

Inſtit. de ver. obl. ſed in præteritum, vel in præſens tẽpus referatur, ad id quod diſpoſuit, vel diſponit, nõ ſuſpendit aditionem hereditatis, nec effectus ex ea reſultantes tollit, quoniam talis nõ dicitur proprie conditio, *vt notatur per gl. in l. ſi ſic. §. 1. verb. demonſtrationem. ff. de leg. 1. l. itaq; ff. ſi cert. pet. & l. cum in ſecundo. ff. de iniuſto rupto. & l. ſi ita ſtipulatus fuero hanc ſummam. ff. de verb. obl. Dec. in l. actus legitimi, n. 11.* Quamobrem cum nemo poſſit facere, quin leges in ſuis actibus locum habeant *l. nemo poteſt. ff. de leg. a. 1.* cõſequẽs eſt de iure in nominatione emphyteuſis factã, vel in teſtamento, vel in contractu conditionẽ, vel onus apponi poſſe de conſenſu nominati, *vt diximus, in 1. quæſt.* Ergo qui acceptat & adit hereditatẽ, in qua emphyteuſis continetur, cum cõditione relata ad iuris diſpoſitionem, emphyteuſin quoq; cũ onere & conditione appoſita agnoſcit, & grauamẽ, cui conſenſum præſtitit, ſubire tenetur, quod iure poſſe facere, recepta ſententia docet, *vt ſupra oſtendimus. 1. q.* Ex quib. abſque dubio concludebam, in præmiſſa conſultatione, vxorem vniuerſalem heredem inſtitutã, & abſq; beneficio inuentarii adeũtẽ, tum etiam onus, & grauamen, impoſitũ agnoſcentẽ eique expreſſe, ex ſuccante præſtita marito conſentientem, ad cautionẽ & ſecuritatem filiis fratris, ſeu eorum parenti præſtandam, de reſtituendis prædiis emphyteuticis, cõpellendam fore, & ad exonerandam defuncti mariti conſcientiam, prout tenetur quilibet heres, *vt tradit Carol. Ruin. conſ. 20 n. 3. vol. 4.*

Neque dubitandum † eſt de aditione hereditatis, quæ per illa verba, *Adeo hereditatem, vel, agnoſco hereditatem*, inducitur, tradit Bart. *in l. gerit. ff. de acquir. hered. & notatur in l. apud Aufid. ff. de optio. legata*, vel ſi dicat heres, *Volo adire, vel, volo eſſe heres. tex. in leg. Pamphilo. §. propoſitum ff. de leg. a. 3.* de quo dixi *in tracta. de nom. q. 1. n. 9.* & tradit Maranta *in rep. l. is poteſt. ff. de acq. hered. n. 44. Parıſ. conſ. 19. n. 104. vol. 2.* Nec opus eſt, huiuſmodi hereditatis acceptationem ſubſcribere, quoniam id iure cautum non eſt, niſi in caſu *l. fin. Sin autem dubius, quando heres adit hereditatem cum beneficio inuentarii*, ibi: *Subſcriptionem tamen ſupponere, heredem neceſſe eſt, ſignificantem, & quantitatẽ rerum, & quod nulla malignitate, circa eas, ab eo facta, vel facienda res apud eum remaneant, vel ſi ignarus ſit literarum vel ſcribere præpediatur, ſpeciali tabulario, ad hoc ſolum adhibendo, vt pro eo literas ſupponat, venerabili ſigno Crucis, antea manu heredis præpoſito, teſtib. videlicet aſſumendis, qui heredem cognoſcant, & iubente eo tabularium pro ſe ſubſcribere interfuerint.* Extra illum illum igitur caſum, hereditas ſola animi deſtinatione adiri poteſt, propter quod quis efficitur heres, *vt in l. ſi ſanus. C. de iure delıber. tradit expreſſe Parıſ. conſil. 102. vol. 2.* & ſufficit ſolus animus, abſque alio facto, *Doctor. in l. potuit. C. de iure delıber.* quem declarare ſufficit verbo, vel facto, *vt per Parıſ. ibid. nu. 113. dict. conſ. 19.* & de iure ſubſcriptio, in actu, qui geritur, neceſſaria non eſt, *vt tradit Salycetus in l. contractus, num. 3. & ibi Paulus num. 6. C. de fide inſtrumento.*

ARGVMENTVM.

Ius reale an poſſit conſtitui ſuper emphyteuſi, vſusfructus, vel grauamen vel conditio, & an in vſufructu omnium bonorum comprehendatur emphyteuſis. Filius exhæredatus, vel repudians hereditatem an emphyteuſin capiat.

SVMMARIA.

1 *Nominatus grauari poteſt fructus dare.*
Emphyteuta non conſtituit ius reale ſuper re emphyteutica.
2 *Emphyteuta poteſt vſumfructum concedere pro tempore vitæ ſuæ tantum.*
3 *Vſumfructum feudi, aut emphyteuſis parens legare non poteſt.*
Alimenta poteſt pater relinquere etiam ex fructibus emphyteuſis ſoluenda.
4 *Vſumfructum emphyteuſis poteſt pater vxori legare.*
5 *Emphyteuſis hereditariæ vſusfructus poteſt conſtitui, non alterius.*
6 *Grauamen tenet, vbi parens tantundem de tertia reliquit, filio nominato.*
7 *Emphyteuſin ad heredem pertinentem poſſumus alii legare.*
8 *Nominans in vita poteſt nominatum grauare pro modo interuſurii.*
Grauamen poteſt imponi de conſenſu nominati in re emphyteutica.
9 *Nominatio conditionalis tuetur grauamen iniunctum. Sed contra nu. 12.*
Interpr. l. aſſignare. 7 ff. de aſſignand. libert. & numero 13.
Ius patronatus ſerui manumittendi legatũ, onere pecuniario grauari non poteſt.
10 *Legitima patroni omne grauamen reſpuit, niſi per viam conditionis apponatur.*
11 *Grauari plus quis non poteſt, quam eſt honoratus, quod intellige in pure & ſimpliciter honorato, & grauato: ſecus ſi ſub conditione grauaminis implẽdi honoretur.*
12 *Emphyteuta nudus eſt miniſter, actum nudum & in mero facto conſiſtentem exercens.*
Legitima filii reſpuit grauamen tam pure, quam cõditionaliter adiectum.
Nominatio emphyteutica reſpuit omnem conditionẽ, & grauamen.
13 *Emphyteuta nominans de re ſua non diſponit, ſed magis de re aliena, neq; propria liberalitate ad nominandum mouetur, ſed ex neceſſitate ſaltem cauſatiua a domini directi voluntate ſecundum formam conceſſionis pendente & inducta.*
Pure quæ fieri nequeunt, conditionaliter poſſunt fieri. Vbi lex tantum non aſſiſtit.
14 *Conditio in nominatione pro non adiecta habetur, niſi ex ipſo grauamine inducatur nominatio.*
15 *Nominans ſub conditione debet ſubſtituere alium nominando, ſi contingat nominatum conditionem adimplere.*
Penſio beneficiaria cum clauſula transferendi, an poſſit transferri ſub conditione.
16 *Clauſula non alias, nec alio modo.*
Emphyteuta ſi filium nominans ſub conditione dandorum decem, aut ſimili adiecta clauſula, non alias neq; alio modo, dicitur voluntas reſtricta, & in fauorem nominati neutiquam porrecta, niſi conditio adimpleatur.
Renuntiatio beneficii, ſub conditione, non alias nec alio modo, inficit collationem beneficii reſignati, vel aliter non valeat.

17 *Emphy-*

17 *Emphyteusis fideicommisso etiam vniuersali non cõtinetur, nisi hereditaria sit.*

Acquisita constante matrimonio communia fiunt.

Emphyteusis constante matrimonio empta, saltem quoad æstimationem communis fit inter virum & vxorem.

18 *Maritus emphyteuta potest vxorem grauare, saltem per æstimationem dimidiam emphyteusis partem alteri præstare.*

19 *Emphyteusis empta fideicommisso continetur tãquam quid hereditarium.*

20 *Emphyteusis empta a tertia persona, illo mortuo extinguitur nec fideicommisso continetur, nec æstimationis pars præstanda est.*

21 *Nominatus grauari potest, si tantũdem ei relinquatur.*

22 *Vsusfructus omnium bonorum legatum, an includat etiam emphyteusin.*

Vsusfructus feudi relinqui non potest, quemadmodum neque bonorum ad legitimam pertinentium.

23 *Vsusfructus relictus vxori omnium bonorũ suorum, instituto herede vniuersali, comprehendit etiam vsumfructum emphyteusis.*

Emphyteusis venit appellatione omnium bonorum.

24 *Heredis res potest legari, & super eius emphyteusi vsusfructus imponi.*

25 *Testator in dubio, in legato vsusfructus omnium bonorum, nõ videtur grauare heredem in bonis emphyteuticis.*

26 *Filius exheredatus an emphyteusin petere possit.*

Filius exheredatus nõ perdit emphyteusin. Contra n. 36. Sed primum verius, n. 41.

27 *Emphyteusin pro filiis concessam capit hereditatem repudians: & n. 29.*

Bonorum appellatione venit emphyteusis, & an feudum.

28 *Emphyteusin filius retinere non potest, & hereditatem repudiare, & idem in feudo, & qua sit ratio, sed contra n. 29.*

29 *Emphyteusis pro filio potest retineri, & hereditas repudiari.*

30 *Emphyteusis profana & secularis non potest retineri, & hereditas repudiari.*

Emphyteusis Ecclesiastica, pro filiis heredibus concessa, non differt a prophana ideoque nequit sine hereditate retineri.

31 *Bona paterna remittens, videtur etiam remittere emphyteusin.*

32 *Emphyteusis pro filiis concessa, non est hereditaria, etiam si sit prophana.*

33 *Emphyteusin pro filiis concessam capit filius exheredatus, & n. 41.*

34 *Interpretatur l. filius familias. 117. §. cum pater. ff. de de leg. 1.*

Emphyteusis acquisita pro filiis, non defertur filio, vt heredi, sed magis, vt filio.

35 *Maioratum filius exheredatus non perdit. Contra n. 40. & 42.*

36 *Emphyteusi pro filiis concessa caret filius exheredatus.*

37 *Feudi successione caret exheredatus.*

38 *Nepos ingratus, exheredatus amittit feudum ab auo proueniens.*

39 *Nepoti nominato filius exheredatus impedimento non est.*

40 *Maioriam perdit filius exheredatus.*

41 *Emphyteusin hereditariam perdit filius exheredatus.*

Maioratus successionem non perdit exheredatus filius, regnum vero sic.

42 *Emphyteusin hereditariam filius exheredatus non consequitur.*

43 *Filius, a Maioratus successione ab aliquo ascendente institutus propter exheredatione͂ repelli non potest.*

44 *Filius exheredatus caret emphyteusi pro filio nominando concessa.*

45 *Nominatio emphyteusis non reuocatur propter ingratitudinem postea commissam, & numero 50.*

46 *Filius ob ingratitudinem priuari potest bonorum paternorum successione.*

47 *Filius legitimatus ingratus, in pristinum statum reducitur.*

48 *Filius emancipatus ingratus, in patriam potestatem reuocatur.*

49 *Vasallus ingratus feudo priuatur.*

CAPVT XVII.

VTilis † est quæstio, *an nominatus in emphyteusi grauari possit, vt illius res emphyteutica, aut partem aliquam alicui personæ, aut pro loco præstare?* Quam nominatim mouit Baldus, *in c. 1. nume. 8. de success. feudi,* vbi notabiliter quærit, *an Vasallus feudum possidens, possit grauare filium suum vniuersalem heredem, quod singulis annis ex vinea feudali, duas vini amphoras, amore Dei, alicui pro loco præstet?* Et primo arguit quod non, per text. ibi, *Succedunt tantum filii, æqualiter, vel nepotes ex filio loco sui patris, nulla ordinatione defuncti in feudo manente, vel valente.* Vbi Doctores tradunt, nullam esse testamentariam dispositionem rei feudalis, *vt ibidem Baldus in princip. & ceteri.* Quod idem in emphyteusi obseruandum est, de qua aliter emphyteuta, quam per nominationem, vel nominando secũdam, vel tertiam personam, disponere non potest. Verum si pro filiis concessa emphyteusis sit, in eorum præiudicium similiter disponere parens non potest, vni in alterius perniciem legans. Vt diximus *in tr. ist. de nominat. emphyt. q. 12. numer. 52. versi. ceterum. Eman. Costa. & tradit Socinus iunior lib. 1. consil. 72. num. 17. cum seq.* qui optime comprobat, & Gabriel, qui testatur cõmunem *consil. 85. numer. 5.* Capiunt enim hoc casu emphyteusin filii a domino, non parente, cui succedunt, *secundum Bartol. in l. mortis caussa. ff. de donatio. caussa mort. & in l. si mihi & Titio. ff. de verbo. oblig.* Qua ratione grauamen vllum imponere non potest, quemadmodum nec nominans, *vt supra resoluimus per l. vnum ex familia. §. 1. & §. sed si fundum. ff. de legat. 2.* de quo iam diximus, *in tract. de nominat. quæst. 17. num. 16.* Quocirca filium grauare fructus vel eorum partem præstare non potest, quemadmodum, neque seruitutem, aut vsumfructum, duraturum vltra tempus vitæ suæ in perniciem filiorum non valet, aut simile onus personale, aut reale

conſtituere, *arg. not. in l. ſi. C. de reb. alien. non alien. reſoluit Paul. de monte Pico, in l. Titia. §. Titia ff. de leg. 2. n. 122. Alex. lib. 5. conſ. 18. in prin.*

2 Quamuis † enim verũ ſit, poſſe emphyteutã rei emphyteuticæ vſumfructũ cõcedere, quemadmodum & feudatarius, vt habetur *in cap. 1. §. quid ergo. vbi Bald. & alii, de inueſtit. de re alien. fact. text. vbi gloſſ. & Dd. in l. 3. ff. de ſeruit. Bartol. in l. 1. §. fi. ff. de ſuperficiebus. Baldus & Paulus in l. in Prouincialis. C. de ſeruit. & aqua, & inferius tractabimus, in tract. de emphyteuſis extinct. inter. & reſol. cap. 3.* nihilominus id, quod diximus obtinet, ac tantum procedit, quãdo emphyteuta, viuus vſumfructũ concedit, pro tẽpore vitæ duraturum, non vero quando decedens illum concedic, in præiudicium filiorum, ad quos iuxta formam conceſſionis, emphyteuſis eſt peruentura, quod facere minime poteſt, *cap. 1. §. donare, qualiter olim feud. alien.* Ita in ſpecie reſoluit Paulus de monte Pico, *in dict. l. Titia. §. Titia. ff. de leg. 2. num. 123.* Et hnc eſt, qnod paſſim noſtri interpretes ꝓbant, vſumfructũ, ab emphyteuta cõſtitutũ finiri cũ iure conſtituentis. Ea regula *l. lex vectigalis. ff. de pignor. Pinellus in l. 1. C. de bon. mater. 3. parte, n. 71. verſ. addo. & verſi. ego aduertebam.* Quo lane argumento & ratione Bald. d. loco credebat, inutile eſſe grauamen a patre iniunctum filio, de præſtandis certis vini amphoris alicui locn pio annis ſingulis. Contrarium tamen reſoluit Bald. quia inquit, in hac ſpecie patrem non diſponere de feudo, aut eius parte aliqua, imo de fructibus ab eo ſeparatis, id eſt, poſtquam ſunt de patrimnnio ipſius heredis, ſeu filii facti, in qna ſpecie de illis fructib. tanquam de re ipſius filii, teſtari pater poteſt, *l. vnum ex familia. §. ſi rem. ff. de leg. 2. & tradit Paulus Pariſius conſil. 2. n. 32. vol. 3. text. in §. non ſolum. Inſtit. de legat. & in §. Inſtit. de ſingul. reb. per fideicommiſſ. relict. & l. heredum. C. de fideicommiſſ. & l. ſi heredis ſeruus. ff. de legat. 1. tradit Iaſon in l. ſeruus electione. n. 20* & dixi *in cap. præcedenti,* iuxta quem ſenſum de fructib. feudi aut emphyteuſis, modo prædicto diſponens parẽs, neutiquam dici poteſt de ipſo feudo aut emphyteuſi diſponere, quia alienatio fructuũ ſeparatorũ ab ipſa re minime rem ipſam lædit, aut contingit, *l. in ædibus. §. ex rebus. ff. de donation.* Vbi Rugerius *n. 3.* notat, pendẽtes fructus rei partem, non iam collectos & ſeparatos, conſtiuere ex his quę habentur *in l. fructus pendentes ff. de rei vindi.* cum hac Baldi traditione tranſeunt ibi Prępoſ. & Aluarotus atque etiam Paulus de mõte Pico *in l. Titia §. Titiam ff. de legat. 2. n. 125.* Nam quemadmodum pater poteſt filium heredem vniuerſalem grauare, vt quid certũ annis ſingulis hoſpitali conferat in vſus pios erogandum, ſimpliciter nulla deſignata re, ex quibus fructibus illud relictum præſtetur hoſpitali: Ita etiam poterit rem feudalem, aut emphyteuticã deſignare, ex cuius reditibus legatum ſoluatur, citra vllam rei læſionem, ſiquidem *vt Baldus obſeruauit,* de re heredis non feudali defunctus diſpoſuit.

3 Vnde † ſi cõtingat feudi, aut emphyteuſis defunctum maritum vxori vſumfructum relinquere, vtique legatum inutile erit, quia tunc de re ipſa feudali dicitur diſpoſuiſſe: quia vſusfructus eſt pars ipſius rei, ſuper qua conſtituitur, *l. 4. ff de vſufructu. Bart. in l. ſi alii. ff. de vſufructu leg. & in l. qui vſumfructum. ff. de verbor. obligat.,* ita in ſpecie reſoluit Paulus de monte Pico, *d. l. Titia. §. Titia. ff. de leg. 2. num. 125. in fin.* Nec obſtat regula *d. l. vnum ex familia. §. ſi rem.* quoniam procedit in re allodiali & libera ipſius heredis, de qua, & eius fructibus libere poteſt defuncto teſtari, & pro libito diſponere: non vero quando eſt feudalis, vel emphyteutica, de qua diſpoſitio interdicta eſt, vt notabiliter explicat Picus *d. § Titia, num. 126.* Quod tamen ex his, quæ in præcedenti capite diximus, controuerti poteſt. Ceterum Picus hoc intelligit, fore limitandum, niſi defunctus vxori alimenta, relinquat, quæ cum ex fructib. a re ſeparatis, ab herede præſtanda ſint, ex Bart. ſentẽtia proxime relata etiam de fructibus feudi, præſtari poſſunt. Vnde vſusfructus legatũ, quod paulo ante diximus inutile eſſe, quia rem ipſam afficit, & cõtingit, reſolui commode poteſt, in alimentorum legatum, quod validum eſt. Quocirca alere vxorem filius heres tenebitur, etiam ex fructibus feudi, ſeu emphyteuſis, vt eo in loco *nu. 127.* Picus vtiliter reſoluit.

4 Aduerto † autem, noſtros paſſim interpretes, probare emphyteutã libere poſſe ſuper re emphyteutica vſumfructum, quamdiu emphyteutica cõceſſio durabit conſtituere, *vt notat Baldus in l. 1. ff. quib. mod. vſusfruct. amitt. Alex. & alii plenius, in l. ſi domus. § fin ff. de legat. 1. Bartol. & alii, in l. 3. §. ex contrario. ff. de acquir. poſſ. Alex lib. 1. conſil. 120. n. 5. & Picus d. l. Titia. §. Titia. ff. de leg. 2. n. 128. Costa verſ. emphyteuta. & tradit Pinelius in l. 1. C. de bon. mater. 3. part. num. 70. verſ. addunt.* vbi plures refert. Quibus non obſtat, feudatariũ non poſſe citra domini conſenſum, vſumfructũ conſtituere, vt obſeruauit gloſ. communiter recepta, *in cap. 1. verbo alienationes. de capit. Corra. Alexand. in l. 3 §. ex contrario, nummer. 27. ff. de acq. poſſeſſ. Picus d. §. Titia. num. 122.* Quoniam vt Pinell. *d. l. 1. C. de bon. matern. 3. parte, nu. 71. verſic. ego aduertebam.* feudalis interdictio latius patet, quã emphyteutica, ex ratione de qua ibi. Quamobrem cum emphyteuta poſſit ſuper re emphyteutica vſumfructum conſtituere, tamdiu duraturum, quamdiu ipſa emphyteuſis conceſſio durabit, omnia ſupra ſcripta, ſuſpicione non carent.

5 Vnde † aduerto, prędictam Baldi & ſequaciũ doctrinam, ſolũ habere locum & ꝓcedere, in emphyteuſi hereditaria, ſup quam vſumfructum cõſtituere poteſt emphyteuta, non ſic ſi, *pro filiis,* illa conceſſa reperiatur, de qua quidem quemadmodum parens non poteſt diſponere in præiudicium, *vt iam ſupra diximus,* ita neque poteſt ſuper illa vſumfructum conſtituere, vt notabiliter explicat Picus, *in d. §. Titia, nummer. 128. & additio Alexand. lib. 1. nnm. 5. conſil. 120.* hoc ad terminos hereditariæ emphyteuſis reſtringens. Et propterea Picus, *in d. § Titia, nummer. 128.* eadem reſtringit ad emphyteuſin priuatam, ſeu ſecularem, innuens contrarium fore reſpõdẽdum in Eccleſiaſtica, niſi illa ſit ad heredes etiam extraneos tranſitura. Secundum quem ſenſum, & reſolutionem, ſine difficultate reſpondendum eſt, parentem habentem poteſtatem nominandi ad emphyteuſin, quam poſſidet, vnum de filiis, ſiue etiam ſecundam, aut tertiam perſonam, minime poſſe vſumfructum vxori relinquere, & nominatum grauare, vt illam eo vti, & frui patiatur. Nam cum emphyteuſis hereditaria non ſit, de ea diſponendi poteſtate caret, nec nominatum grauare poteſt, *per ea quæ ſupra diximus.* Quod idem eſt obſeruandum

in em-

in emphyteusi, pro filiis concessa, quæ similiter hereditaria non est.

6 Sed † hæc sane intelligenda sunt, nisi grauaminis sui vsusfructus vxori relicti compensationem pater æqualem, filio nominato reliquerit de Tertia deducendam (de qua tantum in hoc Regno testari licet) iuxta formam legis Regis *lib. 4. tit. 82. in nouis.* In hac enim specie, quia omnis fraus, & filii, seu nominati, præiudicium cessat, grauamen remoueri non potest, ex auctoritate Iureconsult. id plane docentis *in l. vnum ex famil. §. sed & si fundum. ff. de leg. 2.* ibi, *Dixi ita demum peti posse, si pecunia tantum eidem relictum esset, quod fundi pretium efficeret.* quo responso nixus insignis ille Gonçalus Valascus, olim primarius Conimbricensis, hanc resolutionem tradit, *in l. vnum ex familia. ff. de leg. 1. 2.* & tradit Anton. a Gamma, *Decisio. Lusit. 70. num. 1.* & concordat Durandus *de arte testandi, cautela. 8. fol. 59. numer. 3.* & Andr. ab Exea *de pactis numer. 230 fallent. 7.* & adstipulatur bonus text. *in l. Imperator. §. cum quidam, & ibi Bartol. ff. de leg. 2.* vbi honoratus in quota bonorum, grauari potest pro modo relicti, *& in l. filiusfamilias. §. vt qui heredem. & ibi Bartol. ff. de legat. 1.* atque etiam Paulus. Quorum iurium etiam argumento, idem Gonçal. Valascus, *in l. Marcellin. §. res qua. ff. ad Trebellian.* vtiliter obseruauit, conditorem maioratus, posse grauare successores, tertiam bonorum suorum partem, de qua in hoc Regno disponere possunt, vt eidem Maioratui veniant, & relinquant. Idem tradit Couarru. *in cap. filius noster, de testament. num. 3.* resoluens valere grauamen impositum super bonis restitutioni subiectis, si modo grauans tantundem relinquat. Negat tamen aduersus Soares *in l. quoniam in prioribus. Cod. de inoffic. testament. ampliat. 7. nu. 4.* in extraneum posse maioratus bona, contra instituentis prohibitionem alienari. Induci etiam potest, quod tradit Barbat. *in tract. de prast. Cardin. quastion. 3. numer. 17. lib. 1. tract.* Vbi in his terminis resoluit, posse Prælatum bona Ecclesiæ alienando donare, dummodo eidem Ecclesiæ, de suo tantundem relinquat faciunt quæ tradunt, Soarez. *in d. l. quoniam in prioribus. ampliat. 6.* in ea quæstione, quod legitime grauamen impositum teneat, quando parens filio tantundem vltra legitimam legauit, de qua re agunt Anto. Gomez *de testam. cap. 11. nu. 24. cum seq. Berengarius in l. in quartam. ff. ad leg. falcidia. num. 281. & Menchaca in tractat. de success. creatio. §. 10. nume. 244. & 302. & Moli. lib. 2. de primog. Hispan. cap. 15. nu. 13. & Ripa in l. Ex facto. in prin. n. 2. ff. ad Treb.* vbi resoluit oportere, quod grauamen non excedat modum relicti.

7 Ex † quibus aliquando respondimus, posse quidem meliorato filio in tertia grauamen imponi per patrem, quod emphyteusin ad se pertinentem vxori dimitteret, & inducebamus vltra præmissa notabile Romani *consil. 35. ad fin.* vbi obseruauit, emphyteusin ad Titium spectantem, posse Sempronio relinqui, ab eo, qui Titium heredem instituit, *ex regul. d. l. vnum ex fam. §. si rem. per quam non minus de re heredis, quam propria nobis disponere permissum est,* sequitur Bellonus, *consil. 9. n. 9.* tradit Alex. *lib. 2. consil. 173. n. 4.* resoluens, nominatum heredem ad emphyteusin grauari posse, illam alii restituere, quod diximus *cap. præcedenti n. 20.* bonus est tex. iuncta glos. *versic. vel heredi etiam, in l. filius. 117. ff. de leg. 1. in §. cum pater.* Hoc tamen verum intelligo, si modo hereditariæ vires id patiantur, & ille inuentarium intra præfinitum tempus non conficiat, aliter insolidum non tenebitur heres. *Ex regula l. fin. §. & si præfatam. Cod. de iure deliber. Afflictus quæst. 26. numer. 3. & 240. ad fin. & tradit Peralta in l. 3. §. fin. ff. de heredib. instituen. num. 29.*

Hinc † etiam aliquando respondimus, parentem, qui ad mortem vsq; nominationẽ differre potuit, si in vita filium nominauit, neq; viumfructum reseruauit, posse quidẽ nominatũ illũ respectu illius interusurii, grauare. *vt tradit Peralta, in l. cum pater. § a filia. ff. de leg. 2. nu. 94.* Et ratio, quia mea nominatione, quam parens potuit ad mortem vsque dilatare, ac protelare, inest quædam illius interusurii donatio: & liberalitas, cuius respectu potest grauamen imponi, *Menesius, in l. post mortem. Cod. de pactis. numer. 6. Molina lib. 2. de primogen. cap. 4. nu. 52 & cap. 11. nu. 3 & 4.* & hoc casu cessabit collatio, de qua *lib. 4. tit. 97. §. penult. in nouis Ordinat.* De consensu etiam nominati potest imponi grauamen, quod late diximus *cap. præcedent. nume. 23.* vbi vide. 8

Aliquando † etiam vidimus sub conditione filium nominari: *Si sorori centum dederit*, aut, *Matrem vel fratrem aluerit pro tempore vitæ suæ.* Et cũ aliquando dubitaretur de valore talis nominationis & grauaminis, & de ea foret interrogatus subtilissimus & Iureconsultissimus præceptor meus Emmanuel a Costa, pro sui excelsi ingenii dexteritate, consuluit non dubitauit, sub conditione posita nominatum filium teneri onus coniunctum adimplere, defunctoq; parẽti morẽ gerere. Inducebat vir ille insignis tex. *in l. assignare 7. ff. de assig. liber.* Vbi Iureconsult. in hæc verba: *Assignare & pure, & sub conditione & per epistolam, vel testamentum, vel chirographum possumus, quia assignatio liberti neq; quasi legatum, neq; quasi fideicommissum percipitur. Denique nec fideicommisso onerari potest.* Vides qualiter liberti assignatio, fideicommissi onus non patitur, & nihilominus tamen, sub conditione dandi decẽ, vel aliquid simile, posse libertum assignari Scæuola ibi in princ. probat, ibi. *Pure & sub conditione.* Citat glos. text. simil. *in l. vnde nauem, § ff. de leg. 1.* vbi Vlpianus negat, seruo cui libertas legatur, onus aliquod etiã operarum, imponi posse. Et videtur huius rei ratio esse, quia grauamen imponi non potest ei, cui pecuniariũ cõmodum legatum non est, *l. planè 94. §. fin. ff. de leg. 1.* ibi. *Is enim demum pecuniam ex causa fideicommissi præstare cogendus est, qui aliquid eiusdem generis vel similis ex testamento consequitur.* Ac proinde scribit ibi Iureconsul. manumissum testamento, cui neq; legatũ, nec hereditas relicta est, fideicommissum præstare cogendum nõ esse, ac neq; cũ quidẽ, qui seruũ legatũ rogatus sit manumittere, quia ei serui manumittendi ius patronatus legatur. Verum tũ per viam conditionis tale grauamẽ iniungi posse, cõprobatur, *in tit. de statu liberis.* Vbi sub cõditione dandi decem legari posse libertatem Iureconsult. respondet, *in l. 3. § si decem iussus dare, & per tot. titul. & in l. fin. C. de cond. insert.* vbi scriptum est, valere legatum libertatis, si seruus centum dederit. Quod tamen grauamẽ quod pure imponi alicui non potest, vt contingit *in d. l. assignare* & aliis similibus add. ẽtis a Iason. *in l. cum iuxo. ff. de leg. 1. a nu. 47.* Socin. *ibi in cons. l. . . . . M. Anto. 22.* Socin. iunior.

32. Aymon. 49. & Menesio in l. ab eo. C. de fideicomm. num. 9. cum seq. sub conditione appositum tenet, vt in d. l. cum filio. Ias. tradit nu. 50. & Menesius asserens communem, d. l. ab eo nu. 12. Et est subtilis in promtu ratio, quia grauatus dici non potest seruus, cui libertas, sub conditionne dandi decem relicta est, ob beneficium libertatis collatæ, quæ inæstimabilis res est. Non item ille, cui ius patronatus liberti relictus est, si decem dederit, antequam illa decem præstet, quia sunt in conditione, non sunt in dispositione l. qui sub conditione ff. si quis omissa caussa testam. Imo magis videtur negata libertas, quamdiu seruus decẽ non dederit. Quod idem obtinet, in nominato ad emphyteusin, qui nominatus existimari non potest, quamdiu conditionem nõ impleuerit, quocirca necessario debet conditionem implere, vt valeat nominatus dici, & emphyteusin petere ac consequi possit.

10 Nec † parum conducit, quod alibi scriptum est, impositum grauamen super legitima patroni, ipso iure inutile esse, l. cum patronus ff. de leg. 2. & ibi not. Dd. nihilominus tamen impositum per viam conditionis, valet adeo, vt confugere necessario debeat patronus ad bonorum possessionem contra tabulas, si sub conditione dandi decem instituatur, l. 3. §. si patronus, ff. de bon. liber. His argumentis motus clarissimus ille Doctor, hanc sententiam comprobauit. Ego addo prohibentur, vt est in casu a Bartol. proposito, in l. qui concubinam. § vxori in fin. ff. de leg. 3. vbi asserit sub conditione posse quem coustringi certo loco commorari, non pure, ad quod vide Couar. de sponsal. 2. parte, c. 7. n. 5. & Palac. in rub. §. 1. post nu. 3. Anton. Gom. de leg. n. 69. ad fin. Bald. in proœmio feud. n. 39. & ibi Afflict. n. 103. & in cap. 1. §. fin. qui feud. dare poss. n. 25.

11 Induci † etiam potest, quod vtiliter obseruauit Iason in l. cum filio. ff. de legat. 1. num. 50. resoluens, id quod diximus, non posse quem in plus grauari, quã sit honoratus, procedere in simpliciter & pure honorato, grauato, vt habetur in leg. filiusfamilias. §. apud Marcellum ff. de legat. 1. ibi: Quia placet, non plus posse rogari quem restituere, quam ei relictum esset. Nõ vero, quando sub conditione grauaminis implendi honoratur: quo casu sibi debet imputare, qui conditionem impleuit, non obstante excessu grauaminis, vt post Paulum Iason d. d. l. cum filio, sub nume. 50. declarat. Ex quibus profecto cum conditio nihil ponat in esse, neque filius nominatus reputetur, nisi nominationis adiectam conditionem adimpleat, & sic grauamini consentiat, doctissimi præceptoris Costæ sententia videtur amplectenda, cum his, quæ supra diximus, valere grauamen iniunctum de filii nominati consensu, qui sane adest, neque obscurus est, simul ac ille cõditionem adimplet, & nominantis præcepto obtemperat.

12 Verum † prædictis non obstantibus, contraria sententia nobis placet. Parcant mihi Manes clarissimi illius viri, & primo constans est, & passim receptum, emphyteutam nudum esse quendam ministrum, nudum factum, & in mero facto consistens exercentem, nihilque de suo præstare, ex regula l. vnum ex familia. §. 1 ff. de leg. 2. Quapropter grauare nominatum non potest, qui de suo nihil omnino præstat. Quæ iuris traditio perpetua est, & non minus procedit in conditionali, quam pura nominatione, ex regula l. Seius, & Augerius, 27. ff. ad leg. falcid. vbi sub conditione fieri non possunt, quæ pure fieri prohibentur, notat Roman. consil. 293 & Decius in l. fin. 8. C. de pact. Suffragantur etiam huic resolutioni quæ traduntur in l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. test. cum his, quæ ibi scribit Soarez amplíat. 1. & 2. In legitima enim, quam filio parens relinquere debet ex proprio, & non alieno patrimonio, omne prosus grauamen reiicitur, tam pure, quam sub conditione adiectum, tradit Duennas. regula 368. Gregor. Lopez in l. 9. tit. F. titu. 4. Part. 6. Menchaca, de success. creat. §. 10. numer. 179. 196. & 214. & 225. Quo argumento, & multo fortius, videtur conditio reiicienda ex nominatione emphyteutica, in qua pater de suo nihil confert, neque aliud, quam nudũ quoddam ministerium præstat. vt optime considerauit Socinus iunior consil. 103. a num. 21. resoluens, substitutum, exemplarem, ex ordine l. humanitatis. C. de impuber. & aliis subst. grauari non posse, quamuis ab homine, seu parente, sit vocatus, quoniam nihilominus ex legis præcepto, id contingit: quapropter omne cessat grauamẽ, quemadmodum in legitima filii ex regula d. l. quoniam in prioribus, & in l. ex tribus C. eod. & in l. si arrogator ff. de adoptio. vt idem in legitima filii arrogati obseruatur, & in authen. præterea. C. vnde vir & vxor. & in l. fœmina cum authent. ibi. C. de secund. nupt. vbi ex legis præcepto, quod secundo nubens, filiis prioris matrimonii relinquere tenetur, ab omni grauamine exemptum esse debet. Sic ergo in casu, quem tractamus, respondendum est, nominatum grauari non posse a nominante, qui ex domini directi præcepto & mandato emphyteusin nominando confert, vt tradit Decius consi. 543. a n. 8. cum aliis supra cap. præcedenti initio adductis.

Quoniam † autem adducta a subtili Costa pluri- 13
mum vrgent in contrarium, respondeo d. l. assignare, cum similibus, loqui & procedere, quando testator disponit de re sua, cuius ille secundum iuris regulas verus & legitimus est moderator, & arbiter: cui licet interdicatur grauaminis pura impositio, cum libertum assignat, aut illius ius patronatus legat, quia commodum pecuniarium prædictum legatum non habet, vt diximus, permittitur tamen sub conditione, posse legare, ne prorsus rei propriæ dispositione careat. Cuius contrarium in emphyteuta procedit, qui de re sua nõ disponit, sed magis aliena, non denique propria liberalitate ad nominandum non mouetur, sed ex necessitate satis caussariua a domini directi voluntate, secundum formam concessionis pendente, & inducta. Quocirca si cupit euitare, & obsistere, ne proximior, seu natu maior filius, emphyteusin consequatur, vel ne illa ad dominum directum iuxta concessionis formam & inuestituræ tenorem, reuertatur, debet simpliciter, pure & absque vllo onere nominare, ne per indirectum, onus nominato adiiciat, & domini concedentis intentionem eludens fraudet. Quæ etiam ratio cessat in testatore de quo in d. l. assignare, qui de re sua liberaliter, nullo iure cogente disponit, etiam caussatiuo. Quamobrem dicebamus, emphyteutæ volenti grauamen imponere, legem ciuilem quodammodo resistere, ab eo onus impositum respuentem. Et propterea standum est regulæ dict. l. Seius 27. ff. ad leg. falcid. per quam interdicta pure fieri, etiam conditionaliter fieri prohibentur. Quam regulam ibi Alexand. num. 5. restringit ad casum, quo

lex

lex actui gerendo resistit, quasi contrarium obtineat, vbi lex tantum non assistit: quoniam tunc conditionaliter possunt fieri, quæ nequeunt pure, *Paulus, in l. seruo aliano. §. fin. ad fin. ff. de legat. 1.* Quo fortè argumento nixus Costa, intelligens emphyteutæ nominatum grauanti ius magis non assistere, quam resistere, respondit sub conditione, *grauamen posse illum imponere, etsi pure id facere non queat.* Quæ interpretatio etsi colorem habeat, nostris satrapis minime placet: quia ex diametro repugnat dispositioni *dict. leg. Seius.* Certi enim iuris est, legem non resistere testatori leganti, vltra quod autem, non tamen assistit, vt explicat Bartol. & Dd. communiter receptus, *in l 9. n. 3. ff. de cond. indebiti,* & dilucide Robertus *lib. 1. sententia. capit. 7.* Qua ratione siue dixeris emphyteusis legem resistere, siue tantum non assistere, *per d. l. Seius,* hæc comprobatur resolutio, emphyteutam sub conditione grauare nominatū, nec posse, neq; debere. In fraudem n. legis negantis, grauamen impooi, concedi oon debet emphyteutæ sub cōditione grauare nominatum posse.

14 Ex † quibus intelligo, conditionē, respectu grauaminis adiectam, pro non scripta habenda n esse, vt in casu *d. l. quoniam in prioribus. C. de inoffic. testament.* & consequenter ea non obstante, emphyteusin nominato adiudicandam fore per *d. l. Seius ff. ad leg. falcid.* quod in omni grauamine probat Peralt. *in l. vnum ex familia. §. sed etsi fundum num. 3. ff. de lega. 2.* Nec in contrarium vrget text. *in l. 3. §. si patronus. ff. de bon. liber.* vbi conditionale grauamen patrono impositum, onn infirmatur, nec pro non adiecto habetur. Quia si bene consideras, illud en factum est, quia io ea specie patrono erat prouisum per remedium ordinarium bonorum possessionis contra tabulas: quapropter remedio extraordioario vt', de quo *in d. l. Seius*, opus non fuit, *ex not. in l. cnusse. ff. de minorib.* Quod sane intelligēdum reor, nisi ex ipso grauamine inducatur nominatio, prout contingit in casu, quem disputauimus *in tractat. de nomi. emph. q. 2. n. 7. & seq.* In qua specie vix submoueri potest grauamē, quin ipsa nominatio corruat, *vt ibi.*

15 Id † vnum aduertendum censeo, emphyteutam nominantem sub conditione oportere, vt statim substituat, alium nominādo, si contingat nominatum, conditionem adimplere nolle, in hunc modum, *Disse olle dito Sempronio, que nomeaua a Tizio, no sen prazo de Villa Verde, em segunda vida, se elle se abrigar a dar cem cruzados a sua irmam Maria, para ajuda do seu casamento, & nano o querendo fazer, disse que de sagora nomeaua a seu filho Antonio no dito prazo,* id est, *dixit vlterius prædictus Sempronius, quod nominabat Titium in emphyteusi Villa Verde, in secundam vitam, si ipse nominatus se obligauerit ad dandum centum aureos, sorori suæ Mariæ in subsidium dotis, quod si facere noluerit, dixit quod ex nunc nominabat filium suum Antonium ad prædictam emphyteusin.* Secundum quam formulam, vtique nisi primo loco nominatus conditioni pareat, Antonius emphyteusin consequetur. Non enim Titius nominatus consecutus est, vt in specie resoluit Parisius, *consil. 46 ante numer. 14. volumin. 4.* Vbi ponit casum singularem, & frequentem hisce temporibus, in quibus pensiones beneficiariæ, cum clausula transferendi concessæ reperiuntur.

Contigit quendam pēsionarium infirmū per viam vltimæ voluntatis, pensionem sic concessam transtulisse, sub quadam tamen conditione, io cuius defectū eandem pensionem, in fauorem alterius psonæ cessit, & transtulit. Exorta fuit grandis quæstio, inter beneficiariū, pensionem soluere debentem, & eos, in quorum fauorem fuit pensio cessa & translata. Contendebat enim beneficiarius, inutilem esse per viam vltimæ voluntatis, pensionis translationem, & cessionem, quoniam nihil magis canonicum ius abhorret, quam in beneficiis Ecclesiasticis posse contingere, aut considerari successionem, nihilominus per totum consil. ū Parisius *a nu. 1. vsq. ad n. 40.* doctè quidē defendit concessionē Apostolicā, de qua ibi etiā per viam vltimæ volūtatis, commisisse potestatē cedēdi pensionē, id quod inducit inter alia *l. vnum ex famil. in princ. ff. de legat. 2.* & ibi Bartol & Dd. quatenus conceduot, in testamento vel alia vltima volūtate posse hæredē grauatū eligere, & nominare vnum de familia, cui res veniat restituenda, de qua etiam supra *in princip huius titul.* egimus. Quod postquam obseruauit, *nu. 41. cum seq.* cassam primo loco nominaō defendit, quia cōditioni adiectæ paruit, plane docens potuisse defunctum pensionariū, conditionem adiicere in pēsionis cessione & translatione, illique omnino parendum esse, alıter substituto pensionē fore concedendam: Quæ sane resolutio cōmode casui nostro applicari potest, vt sic emphyteusio cōsequatur is, qui substitutus erit io defectum non impletæ conditionis. Non n. de iure conditionalis nominatio, ante adimpletam cōditionem, dici potest effectum sortita, aut ille nominatus censert, quem emphyteuta aliter quam impleta conditiooe non nominauit, *l. cedere diem ff. de verb sig. l. qui heredi §. fi. ff. de cond. & demonstra.*

Quo † argumento in casu, quem tractamus, idem aliquando respondimus, vbi emphyteuta filiū sub conditione dādi decem, aut simili adiecta clausula, *non alias, neque alio modo.* nominauit, per quam dicitur voluntas restricta, & in fauorem oomınati nequaquam porrecta, nisi conditio impleatur, vt deducitur ex his, quæ in materia renunciationis conditionalis tradunt glossa & Doctores communiter *in cap. olim in 1. verbo. traditam. de restitut. spol. Iason, libro 2. consil. 162. column. 4. & consil. 80. in fin. lib. 3. Parisius consil. 19. col. 2. vol. 2. Rebuff. de pacificis, nume. 146. & in praxi beneficiali sub titul. de renunciat. conal. numer. 3. Traquell. lib. 1. retract. §. 8. gloss. 6. in fin. & Cassadorus de renunciat. q. 3. nume. 2. & in tit. de simon. quæst. 2. Mandosius de signat. gratia pagin. 16.* tradit Gabriel *consilio. 183.* intelligens aliter factam collationem beneficii resignati non tenere, quia illa dictio, *non aliter* conditionem importat, & resignantis voluntatem suspendit, *Baldo in l. siquidem. C. de exceptio. Alexan. lib. 1. consil. 3. n. 5. Socinus lib. 2. consil. 251. col. 4. Iason in l. 2. C. de iure emphyt. n. 142.* Quo arg. idem in proposita specia respondendum est, nominatum oon censeri eū, nisi adimpleantur ea omnia, quæ sub illa clausula, *non aliter neque alio modo*, contenta sunt: per quam nisi omnia adimpleantur, nominatio pro nō facta haberi debet, ad instar renuntiationis, quæ adeo pro non facta habetur, vt ab q; oouo titulo, nisi omnia impleantur resignatum benefiū resignans obtinere possit, quasi nunquam resignasset. *Rebuff.* 16

in praxi benef. pag. 560. in reg. de publicand. gl. 18. nu. 29. & ibidem Carolus n. 190.

17 Ex † præmiſſis etiam, quatenus reſoluimus, nominatum ad emphyteuſin grauari non poſſe, vtiliter infertur, grauatum heredem, per fideicommiſſum hereditatem reſtituere, emphyteuſin poſſe retinere: niſi ea emphyteuſis hereditaria ſit, ad extraneos nempe heredes tranſitura, *ex his, quæ tradit Alexand. conſil. 91. a nummer. 10. vol. 1. & iam diximus in tract. de nomi. q. 8. num. 6.* Quibus addo caſum ſingularem, quem aliquando vidimus in praxi tractatũ. Petrus cum vxorẽ haberet, emphyteuſin emit: deinde nullis liberis ſuſceptis vxorem heredem inſtituit, & poſt mortem hereditatem ſuam Sempronio agnato ſuo reſtituere grauauit. Vxor cum moreretur, cognatum ſuum, ad emphyteuſin nominauit: ex fideicommiſſo Petrus agnatus dictam emphyteuſin vindicat: Negat vxoris cognatus eam fideicommiſſo contineri, quia eccleſiaſtica erat, neque pro heredibus conceſſa, ſed magis pro eo, qui nominaretur: quo caſu fideicommiſſo non contineri fere omnes huius prouinciæ Interamnenſis Iureconſulti reſponderunt, ex auctoritate Alexand. d. *lib. 1. conſil. 91. nummer. 10.* Ego vero contrarium nihilominus reſpondi. Animaduertebam enim emphyteuſin emtam conſtante matrimonio, ſaltem quoad æſtimationem communem fieri, inter virũ, & vxorem, *arg. not. in cap. 2. de donation. inter vir. & uxor.* ſecundum communem ſenſum, de quo per Panormit. *num. 3. Ancharan. & Præpoſ. nummer. 2.* Omnia enim conſtante matrimonio quocunque titulo acquirantur communia fiunt, *tradit Purbus in conſuetud. tit. de ſociet. inter vir. & vxor. cap. 1. colu. 1. Couar. de ſponſal. lib. 2. parte, cap. 7. §. 1. nummer. 5.* qui hoc ſane obſeruandum intelligunt in bonis acquiſitis ex pecunia, vel alia re communi, in cuius locũ ſubrogata emphyteuſis de nouo acquiſita, ſimiliter cõmunis fit ex regula *l. ſi eum §. qui iniuriarum. ff. ſi quis cautionibus, vbi Bartol. & alii Doctores communiter, & late Doctores in §. fuerat. Inſtitut. de actio. Canoniſta in cap. cum tu, de vſuris, Hippol. ſingul. 255 & in Rub. de probatio. num. 341. cum ſeq.* vbi concludunt ſubrogatum ſapere naturam illius, in cuius locum ſubrogatur, *& late diximus in tractat. de renouat. emphyt. q. 3. num. 18. & 19.* Quare emphyteuſis, ex pecunia comparata, ſaltem quoad æſtimationem, communis cenſeri debet, inter maritum & vxorem, cõmunicata, quod ex vniuerſali dictione, *cuiuſcunque contractus titulo,* de qua *in d. c. 2. de don. inter vir.* deduci facile poteſt, ſiquidem omnia includit & nihil omnino excipit, *cap. ſolutæ, ad fin. de mator. & obed. & ibi Doctores, Iaſon in l. quodcunque in princ. ff. de verbo. oblig. & in l. ſi mihi, & Titio. §. ſtipulatus. ff. eod. nu. 2.* & deducitur hoc verum eſſe ex *l. Regia lib. 4. tit. 97. §. fin. in nouis,* quæ palam probat, emphyteuſin, conſtante matrimonio emtam, communem fieri inter coniuges, quoad æſtimationem ſaltem defuncti heredibus præſtandam, idque ex præſcripta ratione procedere indubitati iuris eſt. Quamobrem in emphyteuſi obtenta per viam permutationis, ego idem obſeruandum opinor, ſi modo res, propter quam fit permutatio, communis erat. Nam quod dictum eſt in emtione, etiam in acquiſitis ex permutatione obſeruandum eſt, *ex Barto. in l. ſicut. §. ſed ex ſi. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſol. n. 3. Doctores in l. 1. C. de rerum permut. Iaſon in l. 3. n. 102. C. de iure emphyt. & in l. 1. ff. de rerum permut. n. 6.*

Ex † qua reſolutione conſequens eſt, in propoſita quæſtione maritum, vxorẽ grauato ſine dubio potuiſſe dimidiam partem prædictæ emphyteuſis emtæ, ſaltem per æſtimationem præſtare: quoniam pro ea parte erat emphyteuſis, ad quoſcunque heredes tranſitura: quocirca in fideicommiſſo continetur, vt habetur *in l. coheredi §. cum filia. ff. de vulgari. & in l. ſi res aliena, in princ. ff. ad Trebell.* vbi omnia reſoluunt, omnia in fideicommiſſo contineri, quæ ad heredes tanquam heredes tranſeunt, *tradit Alexand. lib. 1. conſil. 91. a nummer. 10.* At emphyteuſis, de qua præſens eſt quæſtio, eſt huiuſmodi. Ergo, &c. & tradunt Doctores *in l. ſi patroni. vbi Bart. Alexand. & alii. ff. ad Trebell.* 18

Neque † ad rem facit, quod ibidem Barto. receptus ex Alexand. *ibidem nu. 14. & in d. conſil. 91. nu. 10. cum ſeq.* emphyteuſin non contineri in fideicommiſſo, quoniam loquitur, & procedit, in emphyteuſi procedente a ſola domini directi gratia, conceſſione, & beneficio, non vero quando fuit emta, & omnino quoad æſtimationem communicanda eſt: quo caſu illa communicatio, tanquam quid hereditarium, in fideicommiſſo continetur, non minus, quam ipſamet emphyteuſis, quando eſt hereditaria, *vt d. conſil. Alexand. docet.* Quocirca quod Bartol. & communis cum eodem opinio *in l. ſi patroni,* negat, emphyteuſin poſſe retineri ab herede grauato hereditatem reſtituere, in emphyteuſi non hereditaria, procedit, quam nominatus heres a domino non a nominante dicitur capere *per d. l. vnum ex familia. §. 1.* Quare eam tanquam quid extra hereditatem, ille retinere poteſt, *ſecundum communem dict. l. ſi patroni, tradit Curtius in tract. de feudis, 4. parte, nu. 133. Pariſius lib. 1. conſil. 2. num. 43. & Alexand. dict. conſil. 91. vol. 1. a nummer. 10.* In dubio enim teſtator ſolum videtur fideicommiſſario legare, & concedere ius, quod habet in re, *l. ſi domus. §. fin. & ibi Doctores. ff. de legat. 1.* quod verum eſſe, intelligunt Doctores, etiamſi tale ius ſit morte ipſius teſtatoris extinguendum, *vt habetur in l. vxor patrui ſecundum communem ſenſum. C. de legat. & in l. quod in rerum. §. 1. ff. de legat. 1.* Quocirca vbi emphyteuſis non eſt hereditaria, quia emphyteuta ius tantum habet, ſua vita duraturum, fideicommiſſario deberi nihil poteſt. Sed contrarium obtinet in emphyteuſi hereditaria, quæ ad inſtar rerum hereditariarum, ad fideicommiſſum pertinet, *Doctores in locis iã citatis.* Quocirca in caſu, quem tractamus, nulla iuris ratio admittit, poſſe negari fideicommiſſario huius emphyteuſis partem ad maritum pertinentem, ſaltem per æſtimationem: Quod verum eſſe opinor, & diligenter obſeruandum. 19

Ex † præmiſſis tamẽ deducitur vtilis admodum, & notabilis limitatio ad ſupra ſcripta, vt non procedant, quando maritus emphyteuſin emit ab eo, qui erat tertia, ſeu vltima vita, vel perſona: quo caſu tantum dicitur, emiſſe ius illud tertiæ vitæ ſeu perſonæ, quoniam amplius ille, quam ius, quod habebat, in re vendere non potuit, *ex regula l. nemo plus. ff. de reg. iur. & l. lex vectigali. ff. de pignor.* nemo enim dat quod non habet, *l. ſi filius. C. de donation. & l. 1. C. qui pro ſua iuriſdictione, cap. quomodo. de conſecrat. diſtinct. 4.* Quamobrem maritus, talem emphyteuſin 20

emens,

emens, ius dumtaxat, quod penes venditionem erat, consequitur, *notatur in cap. nuper. de donation. inter vir. & vxor. & in l. traditio. ff. de acquirend. rerum domin.* Quare si interim venditor moriatur, quia vtile dominium per consolidationem, ad dominum directum reuertitur, iuxta formam cõcessionis, vtique ab obligatione dandi partem æstimationis fideicommissario, vxor excusabitur, non minus, quam si res foret exstincta, aut citra grauati culpam peremta: sub eo namque onere, emphyteusis emta censetur, vt finita generatione ad dominum regrediatur, cum quo trãsit in emtorem, *tradunt omnes, vt ibi Bart. in l. qui Roma. §. duo fratres. ff. de verbo. oblig. q. 8. & in l. si creditor. §. fin. ff. de distract. pignor.* Et propterea, si hic casus contingat, æstimationem præstare vxor non tenebitur, quamuis illi dominus directus emphyteusin de nouo concesserit, quia ea concessio dominica est, ex domini liberalitate, & beneficio procedens, ideoq; cessat dispositio Ordinationis *lib. 4. tit. 97. d. §. fin. in nouis.* Quæ sane conquiescit, vbi exstinctus est titulus. Quod diligenter obseruandum est.

21 Diximus † supra, tolerari posse grauamen filio nominato impositum, si parens ei de suis bonis tantundem relinquat, per textum, *in l. vnum ex familia. §. sed si fundum. ff. de legat. 2.* In quo tamen aduertendum censeo. Nam si filius relictum a parente agnoscens, accepit, emphyteusin ad se pertinentem, dimittere debet, etiam multo plus valentem, vt habetur *in l. Imperator. 70. §. si centum. ff. de legat. 2.* ibi: *Hoc ita si quantitas cum quantitate conferatur. Enim vero si pecunia accepta rogatus sit rem propriam (quanquam maioris æstimaretur) restituere: non est audiendus legatarius legato percepto, si velit computare. Non enim æquitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit, legatarius offerat,* textus *in l. sed si non seruus. 36. ff. ad leg. falcid.* ibi: *Et nihilominus cogetur manumittere, quia tanti æstimasse videbitur seruum suum. l. generaliter. § si quis alienum. de fideicommiss. libert.* vbi Vlpianus in hæc verba: *Si quis alienum seruum, vel suum rogatus sit manumittere, & minus sit in eo quod accepit ex iudicio testatoris, plus sit in pretio serui, an cogatur, vel alienum redimere, vel suum manumittere videndum est. Et Marcellus quidem scripsit, cum cœpit legatum cogendum omnino suum manumittere. Et sane hoc iure vtimur, vt multum intersit, suum quis rogatus sit manumittere, an alienum. Si suum cogetur manumittere etiamsi modicum acceperit. Quod si alienum, non aliás erit cogendus, quam si tanti possit redimere, quantum ex iudicio testatoris consecutus sit.* tradit ita resoluens Aymon *consil. 184. nu. 9.* vbi allegat text. *in l. plane. 2. §. si cum Stychus. ff. de legat. 2. Paulus de Castro in l. si cum dotem, in §. si pater. vbi Alexand. colum. 2. versic. sed quid si pater. ff. solut. matrimon. idem Paulus consil. 192. super isto puncto. dubio 3. & consil. 415. viso & examinato, col. 1. vol. 2. Corneus consil. 192. colum. 1. vol. 2. Decius consil. 425. colum. penult.* qui omnes resoluunt, testatorem in rebus legatis, posse apponere onus excedens valorem legatorum, & si legatarius acceptet simpliciter legatum, tenetur ad onus legato iniunctum. Quare & multo fortius idem poterit testator in persona heredis, & ei onus apponere etiam maius commodo hereditario, *tradit Aymon d. cons. n. 9. Cumanus, & Peralta in d. § sed si fundum, n. 34.* qui pro concordia insistunt. Ego inter ignorantem rei valorem & scientem distinguerem, *ex his quæ scripsit Imola in l. cum tabulis. §. si. ff. de legat. 1.* Crederem etiam p̃sumendam scientiam, si filius diu possedit, eiusq; plenam habuit notitiam, *arg. notat. in l. si quis sciens. C. de rei vind. & in l. 4. C. de hered. vel act. vendi. Bart. in auth. sed cum testator. C. ad leg. falc. n. 5.* Quare quando onus apponitur conditionaliter, quoniam impleri debet ante quæsitum ius, tunc oportet, quod conditio ad integrum impleatur, quia ante impletam conditionem, ius non competit. Ita declarat Ripa *in l. cum filio. ff. de legat. 1. Aymon d. nu. 9. ad fin.* Ex quo caueat sibi filius, cui pater tertiam plerunque relinquit, sub eo modo & conditione, vt permittat vxorem, id est, nouercam, quandoque vti & frui pro tempore vitæ suæ re emphyteutica, vt antequam tertiam capiat, præscrutetur, an sibi expediat, liberam emphyteusin habere. Aliter omnino voluntatem & dispositionem defuncti implere necesse habet.

Sed † hæc omnia procedunt, vbi nominatim pater vsumfructum emphyteusis vxori reliquit, filioque, ad quem illa pertinebat, tertiam in eum pensationem, legauit. In qua specie supra scripta sine dubio locum habent. At sæpius contingit, emphyteutam, filium non habentem, ex agnatis vnum heredem instituere, vxorique omnium bonorum, vsumfructum relinquere. In qua specie, *an etiam emphyteusis, sit vxor vsumfructum habitura*, quæstio est, in iure difficilis, & in foro frequens. Et aduersus vxorem, quod illi sit negandus vsusfructus emphyteusis, imprimis inducitur, maritũ non posse super re emphyteutica vsumfructum constituere, quia neque rem ipsam alienare ille potest, *l. fin. C. de reb. alien. non alien. Alexand. consil 18. in princip. lib. 5. Bellonus consil. 9. nu. 1.* Qua ratione feudatarius vsumfructum super re feudali cõstituere prohibetur, *cap. Imperialem, in princ. de prohib. feudi alien. per Federic. Alexand. & Bello in d. consil. Paulus de monte Pico, in l. Titia. §. Titia ff. de legat. 2. q. 30. a numer. 122.* resoluens propterea vxorem, cui a marito vsusfructus relictus est, non obtenturam feudorum vsumfructum, quemadmodum nec bonorum, ad legitimam filiorũ pertinẽtium, quia æs alienum, ea legitima reputatur, *Bartol. in l. vxori, vlt. ff. de vsufruct. legato. Bello. etiam in d. consil. 9. num. 3. Iason in authen. nouissima. Cod. de inoffic. testament. numer. 54. Decius 418 col. 1.* Facit quod alibi scriptum est, emphyteusin fideicommisso non contineri, quasi quid extra bona hereditaria existens. *vt supra diximus.* Quocirca & in generali cõstitutione seu legato vsusfructus vxori relicto, exemta esse videntur bona emphyteutica, ne quod onus contra domini directi intentionem, & iuris præcepta illis imponatur. Quæ vtilis est obseruatio, vbi emphyteuta me nominauit, vxoriq; suæ nihilominus vsumfructum legauit, quoniam emphyteusis vsumfructum non consequetur. 22

Verum † vbi me heredem instituit vniuersalem testator, bonorumque suorum vsumfructum vxori legauit, ne contra iuris præcepta, videatur super re emphyteutica vsumfructum constituere voluisse, ex supra scriptis videtur resoluendum, emphyteusin exemtam, & liberam ab eo onere manere. Nisi defunctus dictione vniuersali vsus, omnium bonorum suorum vsumfructum vxori relinquat, nam qui omne dicit, nihil excludit, *l. apro-* 23

curatore. C. mandati. Quare appellatione omnium bonorum vænalia quoque continentur, quæ alias bonorum appellatione comprehendi non ſolent, *Bart. in l. generali. §. vxori. ff. de vſufr. legat.* quod idem in lucris dotalibus obſeruandum, *Decius & Curtius ſcripſerunt, in authentic. præterea. C. unde vir & uxor. Bellonus d. conſil. 9. numer. 7. Pinellus in Rub. C. de bon. matern. in princip. num. 18. cum ſeq.* vbi late proſequitur an bonorum appellatione bona feudalia, & emphyteutica comprehendantur, qui tamen ad hunc caſum minime reſpexit: etſi ibidem *num. 22.* plane fateatur, ex cauſſa rationabili defendi poſſe, hæc bona emphyteutica, bonorum verbo, non contineri, niſi addatur vniuerſalis illa dictio *omnium*. Quæ obſeruatio ab eo in genere tradita in caſu, quem tractamus, adduci commode poteſt, & in ſimilibus, in quibus aliqua repugnat iuris ratio, vt contingit in propoſita ſpecie, in qua vſusfructus conſtitutioni, iuris præcepta aduerſantur, *per not. in l. fin. Cod. de rebus alien. non alien.* ideoque vt etiam emphyteuſis vſumfructum, legaſſe maritus intelligatur, exigitur, quod per dictionem vniuerſalem omnium bonorum vſumfructum teſtator leget.

24 In † quo caſu reſpondendum eſt, vxorem etiam emphyteuſis vſumfructum obtenturam: nam cum nominatus heres illius ſit, contraire illius voluntati non poteſt. Etenim defunctus etiam aliena bona legare poteſt, *l. cum alienam. Cod. de legat. & §. non ſolum. Inſtitut. de legat.* quam rem ſic legatam heres emere tenetur, & legatario tradere, *vt in dict. iuribus.* Ergo multo magis pati debet, vxorem legatariam re ſua frui, facilius enim multo, de rebus heredis quam alienis teſtari nobis licet *l. vnum ex familia. §. ſi rem ff. de leg. 2. vbi notant Bartol. Paulus, & alii, & Alexand. lib. 2. conſil. 173. colum. pen. numer. 3. & 4.* reſoluens, teſtatorem poſſe onus imponere ſuper re emphyteutica ad heredem pertinente, quia (inquit) illius non minus, quam ſua poteſt legare, & heres adeundo hereditatem, grauamen impoſitum videtur approbare, *Curtius iunior conſil. 120. dubio 1. Decius conſilio 254. column. 3.* Quo argumento Romanus, *conſilio 53.* probat, poſſe teſtatorem, emphyteuſin ad heredem ſpectantem, alii legare. Quocirca mirum non eſt, poſſe ſuper illa vſumfructum conſtituere, & vxori legare, quod minus eſt. In quam rem facit textus, *in l. cum pater. §. cum pater. ff. de legat. 2.* vbi pater filiæ reſtituere prædia quædam ex fideicommiſſo tenebatur, & quia illam heredem inſtituit, eadem prædia alii poſſe legare reſpondet Iureconſultus, & ibi obſeruauit Baldus, valere legatum tanquam de re aliena factum, *ſequuntur Baldus & Imol. ibi, atque etiam Iaſon in authentic. res quæ. C. commun. de legat. limit. 8. Alexand. conſil 9. col. fin. libr. 2.* Quo argumento, & multo magis concedēdum eſt, patrē ſeu maritū poſſe emphyteuſis vſumfructum vxori concedere. Quam ſententiam probat in ſpecie Baldus *in l. 1. in princ. C. quib. mod. vſusfruct. amitt. & Alex. libr. 1. conſil. 120. in fin. Paulus de monte Pico in l. Titia. §. Titia. ff. de leg. 2. q. 38. & Bellon. conſil. 9. a num. 7.*

25 Quod † ego ſane intelligendum exiſtimo, dummodo conſtet de voluntate diſponentis, quod voluerit grauare heredem, etiam in bonis emphyteuticis: quod in dubio non præſumitur: quia in dubio præſumptio eſt, voluiſſe diſponere ſecundum iuris communis regulas, cum quibus ſe videtur conformare, *l. ſi duo. & ibi gloſſ. & Doctores. ff. de acquir. hered. Bartol. & Alexan. in l. heredes mei. §. cum ita. ff. ad Trebell.* Verum ſecundum communes regulas emphyteutica bona, huiuſmodi onera non patiuntur. *l. coheredi. §. cum filia. ff. de vulgar.* Quod vti verum probat Bellonus *conſil. 9. nu. 11. cum ſeq.* Ceterum vt Bellono placuit, coniecturata voluntas ſufficit, *ex adnot. in l. licet Imperator. ff. de legat. 1. & in l. cum virum. Codic. de fideicommiſſ. Decius conſil. 369. in princ.*

26 Hæc † poſtquam ſcripſimus, incidit nobis difficilis, & ardua quæſtio *in §. 6.* ſupra pertractanda. hypotheſis eſt. Emphyteuta vnicum dumtaxat habebat filium, nebulonem tamen, & omnino ingratum: quare illum exheredans, heredem vniuerſalem quendam agnatum inſtituit, eique emphyteuſin reliquit, ex clauſula conceſſionis, cōſueta, *O qual hi nano auendo, para hũa outra peſſoa que o derradeyro, que mais viuer nomear.* Intellexit enim defunctus emphyteuta, exheredatum filium, & ingratum pro mortuo habendum, ſibique impedimento non eſſe, quominus extraneum nominare poſſet, eique emphyteuſin legare. Quæ vera mihi ſententia viſa fuit, ex his quæ iam ſcripſimus *in tract. de nomin. emphyteut. q. 12. num. 51.* Vbi reſoluimus, exheredatum filium, impedimento non eſſe ſorori, quominus emphyteuſin conſequatur, parente inteſtato decedente, iuxta formam legis Regiæ, *ſupra titul. 36. §. 2. in nouis.* Quod cum ita aliquando reſpondiſſem, audiuimus, cauſſidicos quoſdā contrarium conſuluiſſe, quod ita a præceptoribus ſuis Conimbricenſibus exceperant, exheredationem paternam, ab emphyteuſi conceſſa iuxta formam leg. Regiæ *ſupra hoc titul. §. 6.* filium minime ſubmouere. Verum quia illorum grauiſſimorum præceptorum doctrinam ſemper colui, operæpretium fore duxi, ſi quo iure, & ratione illi nitebantur, diligenter inquirere, & cognoui illos moueri auctoritate Salyceti *in l. 2. C. de iure emphyteut. numer. 27.* aſſerentis, exheredatum filium emphyteuſin paternam non perdere; quemadmodum neq; per heredis inſtitutionem illam filius conſequitur. Cuius ſententiam ſequitur Iaſon *in d. l. 2. num. 188. Alenſ. 226. q. 3.* & præceptor meus Coſta *in tract. de Regni ſucceſſion. pag. 160.* quorum ad id meminit Valaſcus *de iure emphyteut. q. 45. col. 2. ad fin.* Quæ vtilis obſeruatio eſt, ampliori tamen diſcuſſione, & tractatu digna.

27 Et † imprimis aduerto Salycetum *in d. l. 2. numer. 27.* ſecundum iuris communis regulas, id tantum agere, *vtrum emphyteuſin conceſſam pro filiis, petere ſi filius poſſit, qui hereditatem patris repudiauit?* Et primo arguit, quod non, *ex auctoritate gloſſa in capit. 1. an agnat. vel filius, verbo aut vtrunque,* per textum ibi reſoluentis, filium emphyteutæ, nequaquam poſſe emphyteuſin petere, & hereditatem repudiare, quod in feudo fore obſeruandum ille text. probat, ibi: *Vbi vero filium reliquit, ipſe non poteſt hereditatem ſine beneficio repudiare, ſed aut vtrunque retineat, aut vtrunque repudiet.* Dubitauit gloſſa, *an idem ſit obſeruandum in emphyteuſi, vt eam filius repudiata hereditate, retinere non poſſit?* Et ait, ibi eſſe text. in argum. quod ſic: quoniam eadem eſt omnino ratio in emphyteuſi. Quare quod ibi in feudo ſcribitur, non poſſe repudiata hereditate obtinere,

tineri, in emphyteusi quoque admittendum est. Plane autem constat, in emphyteusi eandem omnino rationem esse, quæ in feudo, si cōsideres, ex eo in casu illo id habere locum non posse feudum, repudiata hereditate a filio obtineri, quia bonorum appellatione paternorum, seu hereditatis feuda continentur. *Parisius libro 1. consil. 12. numer. 40. & 53. & Iasōn in l. quod dicitur in 2 ff de verbo. oblig. n. 31. & Valascus de iure emphyt. q. 44. nu. 8. versicul. est etiam secundo limitanda*, vbi allegat Iasonem *consil. 152. col pen. vol 2. & Peraltam in l. 3. §. qui fideicom. nu. 78. ff. de hered. instit.* Vnde si filius promisit de bonis paternis amplius non petere, nec emphyteusin petet, *tradit Crotus in l. si constante ff. sol. matr. n. 25. & Iason in auth si parent. C. de inoffic. testam. n. 8. & in l. si non sortem. §. libertus, nu 35 ff de cond. indebiti, & in l. quod dicitur, in 2. ff. de verb. oblig. numer. 31. Viuius lib. opinion. com. verbo filii*. & perpendisse videtur glossa *verbo, aut vtrunque d. cap. 1.* quatenus in argumentum inducit tex. *in l. bonorum 49. ff. de verbo. signific.* vbi bonorum appellatione Vlpianus docet, etiam superficiaria contineri, & *in l. sicut §. bonorum. ff. vt in possess. legat. ibi, sed & vectigales agri.* habetur *in l. sciendum, 15. §. 1. ff. qui satisdare cog. & in l. item prædia. 10 ff. famil. hercisc.* Quo argumēto intellexit glossa filium renuntiantem bona paterna, seu eius hereditatem, retinere feudum non posse: quasi sub ea verborum generalitate, etiam feudum videatur remittere: Et proinde, quia implicat contradictionem, hereditatem repudiare & feudum retinere inquit eo loco gloss. oportere filium, vtrunque scilicet hereditatem, & feudum capere, aut vtrunque repudiare. Quo argumento arbitratur, idem omnino obseruandum in emphyteusi, quam filius retinere nequit, repudiata hereditate. Quod sane argumentum in emphyteusi, multo magis procedit, si consideres, tura illa glossa in argumentum citata, id præsertim probare, quod bonorum appellatione emphyteusis cōtinetur: Quod verum esse ex multis probat auctorious Pinellus *in Rub. C. de bonis maternis, numer. 18. (oma in memorabil. verbo bonorum, & R.. in l. 1. ff. de pigno. numer. 10. & Socinus iunior consil. libr. 4. consil. 74. numer. 14. & Valascus de iure emphyteut. q. 1. nu. 22. & H. ero. Gabriel consil. 85.* Quod non ita de facili in feudis obtinet, *secundum ea, quæ habentur in cap. in generali, si de feudo. futr. controuers. vbi post alios Afflictus, & in proæmio feudorum, numero 49. & Socinus iunior libro 1. consi. 74. nu. 1. Parisius lib. 1. consil. 12. nu. 56. cum sequent.*

28 Verum † si dixeris, illum text. ex eo negare filio feudi retentionem, hereditate repudiata, ne iniuria parens afficiatur, herede carens, iuxta tex. *in §. 1. Instit. quib. ex causs. manumitt. non licet, & in l. 2. ff. de inter. actien.* Idem est necessario concedendum in emphyteusi, quoniam ne parenti defuncto iniuria inferatur, eandem emphyteusin debet eum hereditate retinere, aut vtrunque repudiare, vt omnes resoluunt *in cap. 1. an agnat.* dum reddunt rationem differentiæ inter filium defuncti feudatarii, & agnatum, tradit Curtius iunior *consil. 138. num. 19.* in quo glossam illam videntur probasse B ldus *ibi n. 15. & Serna col. 2. in p.* concordant glo & Bald. *in l. 2. ff. sol. matr. & in l. 2. C. de fur.* ... *post Roman. consil. 35. refert Iason* ... *de iure emphyt. q. 3. nu. 288. alias 226.* ...

58. & quosdam alios refert Valascus. q. 44. n. 7. vide Michaelem ab Aguirre *in tract. de successi. regni Portug. 1. parte, n. 81. & 82.*

29 Sed † contrarium obseruandum firmat Salycet. *in d. l. 2. n. 27. C. de iure emphyt.* imo quod emphyteusin concessam nempe pro filiis (in his enim terminis loquuntur præfati auctores & inferius referendi) potest filius retinere, & patris hereditatem repudiare: ea sane ratione, quoniam huiusmodi concessio pro filiis facta, dicitur filiis, vt filiis acquisita, nō vt heredibus, quare illam obtinere filii possunt, etsi heredes non sint, vt habetur *in l. quod dicitur. ff. de verb. oblig. & in l. quodcunque. in princip. eodem titul.* rursus, & *in §. emphyteusin, in authe. de non alien.* quamuis contrarium obtineat in feudis, per *dict. cap. 1. an agn. vel filius.* vbi probatur, feudum pro filiis concessum, quamuis dicatur ex prouidentia domini procedere, filium, nisi heres sit, habere non posse, quod ex consuetudine feudorum, contingere specialiter intelligo ob paternam reuerentiam, quæ præsertim filios adstringit, ne quo modo parentes iniuria afficiantur, *vt ibi per Doctores.* Secundum quem sensum, procedit text. *in d. cap. 1. an agn.* quatenus filio negat, feudi successionem paternam hereditatem repudianti, vt ibi probant hi, quorum meminit Valascus *q. 44. nu. 1. cum seq.* Ex cuius relatione constat hanc esse communem scribentium resolutionem, licet contra iuris communis præcepta, quam plurimi, non obstante dispositione clara *d. c. 1. an agnatus*, contrariam sententiam tueantur, vt est videre per Iason. *in l. quod dicitur. ff. de verbo. obl. num. 33. versic. dic melius & in l. post mortem numi. 1. ff. de le at. 1. Imol. Salycet. Zasius, Iulius Clarus, & Gregor. Lopez,* quorum ad id meminit Valascus *d. q. 44. nu. 4. versic. licet idem Paulus & Alexa. relati.* Nil mirum ergo si *d. c. 1.* dispositio ad emphyteusin extendenda non sit, tanquam exorbitans, & secundum feudorum consuetudinem duntaxat procedens. Quamobrem vti Salyceto placuit, *in d. l. 2. n. 27.* necessaria resolutio est, emphyteusin pro filiis quæsitam, & concessam retinere filius potest, & hereditatem repudiare, vt eum communi resoluit Iason *dict. l. 2. q. 3. num. 226. alias secundum nouam impr. ss. 158.* cui addo Bartol. *in l. item videndum, §. final. ff. de petit. hered. Decius in consilio 239. col. 2 & Viuius lib. opinio. commu. verbo filii, pag. 53.* Concordat Zasius *lib. feudorum, articul. 8. numer. 14* & Iason *in authen. vnde si parens, num. 6. C. de inoffi. testam. numer. 5.* resoluens legitimam debitam, per viam contractus, posse filium capere, & hereditatem repudiare. Concordat idem Iason *in l. quodcunque. §. 1. n 4. ff. de verbo oblig. & ibi Paulus & Zasius, & Angel. in §. et qui, in fin. Instit. de inutil. st. p. Iason in l. quod dicitur in. 2. ff. de verbo. obl. nume. 29 idem Iason in l. post mortem. ff. de leg. 1. numer. 4. & 5.* vbi hanc esse communem testatur, *& in l. filio pater, numer. 3. eod. tit. Ferrat. caut. 317.* tradit etiam *Iason in l. si non sortem. §. libertus, n. 33. cum seq ff. de cond. ind.* & concordat Curtius Iunior *consil. 78. nu. 3. cum seq & 138. num. 21.*

30 Quorum † sane sententia restringenda est ad emphyteusin ecclesiasticam pro filiis concessam, quæ illis tanquam filiis, non tanquam heredibus defertur, vt post alios obseruauit Valascus *q. 44. n. 6. versicul. fitero,* cui adde late agentem Curtium iuniorem *consil. 78. numer 3 cum sequent.* qui testatur hanc

eſſe communem. Verum ſi emphyteuſis fuerit priuata, & a priuata perſona conceſſa, & pro filiis, ſeu liberis dumtaxat nulla heredum facta mentione, data emphyteuſis reperiatur, ſine dubio, vti Valaſcus docet *d. q. 44. numer. 6. in princ.* repudiata hereditate retineri non poteſt: quoniam eius natura hereditaria eſt. neque ad alios, quam ad heredes filios tranſire poteſt, vt ibidem probat, differentiam hac in re conſtituens inter Eccleſiaſticam, & prophanam emphyteuſin, quoniam illa pro filiis conceſſa hereditaria non eſt, hæc vero ſic. Et propterea quod ſupra diximus, emphyteuſin repudiata hereditate retineri poſſe, referendum eſt ad emphyteuſin Eccleſiaſticam; quæ cum non ſit hereditaria, ſed magis pro filiis, vt filiis acquiſita, hereditatis aditionem minime exigit, *per ſupra ſcripta.* Prophana vero pro filiis, ſeu liberis conceſſa, *vt prædiximus*, hereditaria eſt, quia filiis, vt heredibus dicitur conceſſa, non vt filiis. Quamobrem Eccleſiaſtica emphyteuſis pro filiis & heredibus conceſſa, retineri hereditate repudiata, non põt: quia obtineri a filio ſimiliter nequit, niſi ẽt heres ſit, *ex his, quæ tradit Iaſon in auth. vnde ſi parent. C. de inoff. teſt. n. 7. & in l. quodcunque. §. 1. nu. 4. ff. de verbo. obl. rurſus & in l. filio pater. poſt n. 3. ff. de legat. 1. & in l. ſi non ſortem. §. libertus, n. fin. ff. de cond. indeb.* firmans communem, *& Curt. iunior conſi. 138. n. 11. & 14. Iaſon. in l. 2. C. de iure emphyt. n. 226.*

31 Vnde † vt ex eiſdem auctoribus liquet, ſi quis hereditatem paternam remiſerit, aut repudiauerit, vtique & huiuſmodi emphyteuſin hereditariam remiſiſſe fatendum eſt, tanquam in ipſo corpore hereditatis incluſam. Continetur enim hereditatis appellatione emphyteuſis hereditaria, quã filius niſi heres ſit, habere non poteſt, *tradit Alexand. conſil. 19. & conſil. 129. volum. 5. & Iaſon libro 1. conſil. 57. in princip. & Zaſius de feudis, articul. 8. numer. 14.* Quemadmodum etiam dicimus, remiſſam eſſe emphyteuſin, pro filiis conceſſam, ſi contingat filium remittere bona paterna, vt deducitur ex Valaſco *quæſt. 44. numer. 8. verſicu. eſt etiam ſecundo limitanda, & aliis quos ſupra numer. 27. retulimus, verſicu. vnde ſi filius,* qui omnes pro indubitato habent, remittentem bona paterna, etiam emphyteuſin non hereditariam remittere, quia bonorum appellatione bona emphyteutica continentur, *vt ibi diximus cum Pinello,* ſecundum quem ſenſum ſunt intelligendi auctores noſtri, qui filio remittenti paternam hereditatem concedunt, emphyteuſis perſecutionem, vt eſt videre per Afflictum *in cap. in generali, ſi de feudo fuer. controuerſ. numer 27.* Videndus *a numer. 21.* tradit alios referens Valaſcus *d. q. 44. numer. 8.* Sunt enim reſtringendi ad emphyteuſin eccleſiaſticam, non hereditariam, quæ appellatione hereditatis non continetur, & limitandi ſunt in emphyteuſi prophana, quæ etiam pro filiis conceſſa hereditaria eſt, & appellatione hereditatis continetur. Quamobrem vtraque traditio limitanda eſt, in eo, qui bona paterna remiſit, quoniam bonorum appellatione, etiam emphyteutica pro filiis conceſſa & ab Eccleſia data continentur, *per ſupra ſcripta.*

32 Hæc † omnia quamuis ſecundum iuris communis regulas, & præcepta, videantur procedere, & neceſſario ſit conſtituenda differentia inter emphyteuſin profanam, & eccleſiaſticam pro filiis conceſſam, quia illa hereditaria reputatur, hæc minime: in his tamen Regnis ea differentia prorſus reiicienda eſt: imo ſine vlla diſtictione reſoluendum eſt, emphyteuſin conceſſam pro filiis, etiam ſi ſit profana hereditariam non eſſe: ſiquidem in illius cõceſſione heredum facta mentio non eſt, *vt diximus in tract. de nomi. q. 22. n. 13. cum ſeq.*

Ex † quibus vtiliter Salycetus *d. l. 2. num. 27.* reſoluit, emphyteuſin pro filiis cõceſſam filium exheredatum capere poſſe, quoniam hæc nihil commune cũ hereditate habet. Nam quemadmodũ illam obtinere poteſt filius, qui parentis hereditatem repudiauit, ita & exheredatus poteſt, *tranſit cum Salyceto Iaſon. d. l. 2. numer. 188. alias 226.* quorum ſententiam comprobat Coſta *in tracta. de ſucceſſ. reg. Portug. pag. 160.* & Valaſc. *de iure emphyteut. quæſt. 45. col. 2. ad fin.* Nam cum in hac ſpecie filiis deferatur emphyteuſis, tanquam filiis ex pacto & prouidentia dominica, conſequens eſt, illis obeſſe exheredationem non poſſe, quæ iura hereditaria tantum remouet. Cui ſententiæ ego libenter accedo. cum animaduerto, hoc idem obſeruari in filiis ſecundo nubentis, quibus lucra prioris matrimonii debent conſeruari, etſi parenti ad ſecũdas nuptias cõuolanti, heredes eſſe non poſſint. vt notabiliter explicat Salycetus, ſic amplians text. ibi *in l. fœmina, §. illud. C. de ſecund. nupt.* intelligens ea lucra deberi filiabus, etiam a ſucceſſione per ſtatutum ſubmotis; quia illis ea lucra tanquam filiabus pro iniuria irrogata, non tanquã heredibus deferuntur, vt habetur *in authen. heres. C. illo tit. ſequitur Roman. conſi. 190. Socin. conſ. 305. vol. 1. & 363. colum. 2. volum. 2. Decius conſil. 87. col. 3. & 396. nu. 1.* firmans communem concordat Ripa *in d. l. fœmina, num. 10. Boerius q. 185. anton. 10.* Nec parum ſuffragatur, quod in terminis conſuluit Oldradus *conſil. 294. & illius immemor Guido Papa q. 228.* qui reſoluunt, ad huiuſmodi lucra filiis conceſſa, propter tranſitum, ad ſecũda vota, quia illis ſunt applicata, tanquam filiis, non tanquam heredib. & ſic extra cauſſam hereditatis, filium admitti, qui iureiurando iuxta formam *c. quamuis pactum. de pact. lib. 6.* parentis hereditatem renũtiauit, concordat Decius *conſ. 230. & conſ. 396. num. 3. Boerius, q. 185. n. 18.* 33

Inducitur † vlterius pro hac ſententia text. notab. *in l. filius famil. 117. §. cum pater. ff. de legat. 1.* Vbi 34
caſus proponitur, in quo pater fundum filio ſuo prælegans, mandauit, ne extra familiam alienaret. Is cum tres haberet filios, teſtatoris nepotes, duos exheredauit, vnum heredem inſtituit, fundumque extraneo reliquit. Exheredati filii ex aui teſtamento fundum ab extraneo vindicant. Obiicit legatarius exheredationem patris, propter quam debent ſubmoueri perinde, ac ſi mortui eſſent, neque extitiſſent, *§. quoniam infirmitas alias in §. ſuper his, in authen. de nuptiis, poſt Angel. & Ioann. a Garronibus, Boerius q. 185. num. 19.* Sed nihilominus Martianus contrarium reſpondit, imo filios exheredatos vindicare fundum poſſe in hæc verba: *Sed ſi duos exheredauit, vnum heredem inſtituit. fundumque extraneo legauit, putat Marcellus, poſſe exheredatos petere fideicommiſſum.* Cuius reſponſi ratio a ſuprafcriptis quidem pendet, quia ad fundi ſucceſſionem vocati ſunt agnati ſanguinis contemplatione, quia de familia: nulla hereditatis habita ratione, aut conſideratione. Quapropter illis exheredatio nocere,

uere, per supra scripta non potuit, etiamsi patet nominatim, dictum fundum filiis negasset, quia filii ab illo non habẽt, sed ab auo, quare nihil damni afferre potest paterna priuatio & exheredatio. *Corne. in l. 1. colum. 3. vers. praeterea. C. de cond. insert.* Et quamuis Valascus illum tex. *in d. §. cum pater,* intelligat referendum ad emphyteusin auitam, vt videre est *lib. de iure emph. q. 45. col. 3. vers. sed quid,* citans Pinellum *in l. 1. C. de bon. mater. 3. part. n. 100,* aliud longe diuersum agentem, *ibi. & n. 81. illatione 6.* quod idem fecit Peral. ab eo citatus *in rub. de her. inst. n. 87. & 116.* Tractant n. hi patres, difficilẽ illum articulum, an filius institutus possit etiam fundum in extraneum collatum vindicare qui longe diuersus a nostra quęstione est. Quare (nisi fallor) rectius induxisset Baldi auctoritatem *in d. §. cum pater in fi.* illum tex expendentis ad materiam nostram emphyteuticam & feudalem, vt minime noceat nepoti patris exheredatio, quominus fundum aut emphyteusin auitam petere possit: quoniam inquit, eam non petit, vt heres. Verũ quãnis hoc ita sit, ego ex ea generalitate rationis, idẽ fore reor obseruandũ, in emphyteusi ab eodẽmet patre exheredante acquisita ꝓ filiis, quoniã & hæc filio non defertur, vt heredi, sed magis vt filio, neque capit a patre eam filius, sed a dño, per tex *in d. §. 1. l. vnum ex fam. ff. de leg. 2.* quemadmodũ & in *d. §. cũ pater,* nepos fundum capit ab auo. Quapropter nõ intelligo qualiter pater exheredans filiũ, magis hac, q̃ illa emphyteusi possit filium priuare: cum neutram ab eo capiat, aut tãquã heres petat. Nec turbare Valasci rectũ sẽsum debuit eorũ auctoritas, q inter antiquũ & nouũ feudũ distinguunt, intelligentes illo priuari filiũ minime posse, hoc sic. Quoniã si bene perpendantur scripta hucusq; in ea difficili q̃stione verius est, neutro priuari filium posse, qñ hereditarium feudum non est, aut emphyteusis, vt idem Valasc. optime tradit *q. 45. col. 3. in medio.*

35 Suffragatur huic sententiæ, quod † viriliter Peral. resoluit *in d. l. vnum ex fa §. 1. n. 6. & in l. 3. §. fin. n. 86 ff. de her. inst.* minime posse patrẽ exheredando filium maioratus successione priuare, quẽ ipsemet nõ cõstituit, quoniam illum ab eo non capit, sed a primo instituẽte, & citra omnẽ hereditatis cõmemorationẽ, cp ẽt tradit Ant. de Menes. & Padilla, *in l. vnum ex fam. §. 1. n. 17. ff. de leg. 2. vers. sed ipse, & Mol. lib. 1. de primog. Hisp. c. 9.* Et in maioratus successione etiam pẽdente a regia concessione, hoc fore obseruandum tradit præceptor meus insignis Costa in tract. *de regni success. pag. 152.* ratione præscripta nixus, quoniam huiusmodi maioratus nihil commune habet cum paterna hereditate, neque eam filius ea patris iudicio capit, sed magis ex primi instituentis, seu Regis concedentis voluntate, *arg. l. si arrogator, vers. pen ff. de adoptio. & in l. coheredi, §. cum filiae, vers. nec fideicom. ff. de vulgari.* concordat Corneus, Monferrat. & Carol. quorum *d. §. 152.* ad id meminit Costa.

36 In contrarium † tamen multa vrgent notabilia, q̃ intacta minime prætermittam. Et afferri solet Bart. auctoritas, *in l. iurisiurandi. §. si libert. col. fin. ff. de oper. liber.* qui nominatim probat, filium exheredatum iuste, & ea caussa rationabili, etiam emphyteusin ꝓ filiis concessam petere non posse, qui mouetur ea ratione, quod ius patronatus libertorum ad filios nostros transit tanquam filios, etsi heredes non sint (vt diximus in emphyteusi obseruandum) quod probatur *in leg. si opera. arum, 29. ff. de oper. liber.* ibi: *filio autem etsi heres non exsistat,* & nihilominus exheredatio filium a iurepatronatus submonet atque arcet, *l. si patronus, 12. ff. de bon. liber. & d. l. si operarum,* ibi: *nisi exheredatus sit.* Quo argumento idem prorsus intellexit Bart. in emphyteusi pro filiis concessa, resoluendum fore, vt illam filius exheredatus capere seu petere non valeat, *sequitur Ang. in l. si tibi. §. si pactum, num. 2. ff. de pact. Alex. in l. quod dicitur. in 2. n. 19. ff. de verb. obl. vers. tamen opinio.* quorum, & Speculi ad id meminit Costa *lib. de regni success. pag. 153.* Cumanum Rubeum, atque etiam Angel. *cons. 184 col. 2.* in eam sententiam refert Valascus *de iure emphyteut. quaest. 45. colum. 2. in princ.* & prius Costa *dict. lib. pag. 156.*

Nec † mirum, quoniam & in feudis, hoc idem 37
obseruatur: caret enim feudi successione filius a patre iuste exheredatus, quamuis illud ex pacto, & domini prouidentia procedat, vt habetur *in c. 1. §. prædictis modis. in titu. quæ fuit prima caussa,* & ibi notant Doctores, tradit Zasius *lib. feudorum. part. 8. num 18.* & Afflict. *in c. 1. ante nu. 127. de success. feudi,* & late Iulius Clar. *libr. 4. verbo feudum quaest. 74.* & quidam alii, quorum meminit Valascus *quaest. 45. in princ.* quibus addo Bertrandum *in leg. hac edictali § ita tamen, C. de secund. nupt. nu. 9.* vbi refert Ambrosium de Vignate, & Andream de Isernia *in cap. 1. in princ. de success. feud* resoluentes, quod licet verum sit, non posse parentem filio in feudi successione nocere, si modo illud procedat a prouidentia domini: nihilominus tamen ingratus filius, & iusta ex caussa a patre exheredatus, feudi successione carebit, ex legis auctoritate, non solius patris facto. Lex enim ingratum filium successione feudali indignum reputat, & ab ea remouet, *sequitur Antonius de Menses, vbi plura et refert in l. vnum ex familia. § 1. num. 17. ff. de lega. 2. versic. praeterea.* Tam odiosa est enim filiorum erga parentes ingratitudo, vt etiã feudo & rebus aliis, quas debet pater filio relinquere, omnino careat ingratus: quemadmodum contingit in lucris nuptialib. quæ debentur filiis primi matrimonii, de quibus *in l. hac edictali, C. de secund. nupt. & in leg. fin. eodem titul.* Hæc enim etsi extra hereditatem sint exheredatus filius non capit, *vt in dict. num. 9. Bertrandus tradit, & Ioann. a Garronibus in 2. part. rubr. illius tit. num. 12. Ripa in l. fœmina eod. tit. nu. 10. & Corneus libr. 3. consil. 309 nu. 2.*

Comprobari † optime quidem potest supra scri- 38
pta resolutio, ex his, quæ notabiliter scripsit Crotus *in l. filiusfamil. § diui. ff. de leg. 1. n. 172.* vbi quærit de vtili quæstione in proposito. Testator *(inquit)* filios duos habens, heredes instituit, & prohibuit bonorũ alienationem, vt ad descendentes peruenirent. Horum filiorum alter testamentum cõdens, quendam ea filiis exheredauit, alterum vero heredem instituit, quæritur, *an is exheredatus nihilominus petere bona possit, quæ ab auo processerunt?* Et ait Crottus, fuisse responsum per excellẽtes Bononiæ Doctores, nepotem exheredatum, bona aui petere non posse: quia per ingratitudinem aduersus patrem commissam, factus fuit indignus, per ea quæ habentur *in l. e. fideicommissum, C. de fideicommiss. & in leg. sororem. C. de his quibus vt indig.* Induxit Crottus, auum agnatos vocantem ad bona alienari prohibita, non censeri vocasse illos, quos iusto odio erat prosecuturus, & consequenter nepotem patri omnino ingratum, *argument. not. in l. Lucius, ff. de legat. 2.* Denique mu-

tari poſſe defuncti volũtatem ex cauſſa ſuperueoiente, iodubitati iuris eſſe, *l. vtili, & l. in confirmando. ff. de confir. tuto.* Qua ratione iogratus nepos a prædictorum bonorum ſucceſſione remoueodus eſt: quoniam ſi de hoc auus cogitaſſet & interrogatus fuiſſet, ita quidem reſpondiſſet: quare illud pro expreſſo habendum eſt ex regula *l. tale pactum. §. fin. & ibi gl. & Dd. ff. de pact.* Quo argumento idem prorſus videtur reſpondendum, in emphyteuſi ꝓ filiis conceſſa, vt exheredatis denegari omnino debeat, in odium filiorum, qui parentibus, contra ius naturale, & diuinum ingrati exſiſtũt: quaſi id foret dominus directus reſponſurus, ſi interrogatus fuiſſet.

39 Ex † quib. cõprobatur, ꝙ vtiliter obſeruauit Coſta *in lib. de ſucceſſ. regni pag. 154.* io terminis legis regiæ *lib. 4. iſto tit. §. 6.* eũ, qui vnicũ tantũ filiũ habebat ad emphyteuſin nominandũ, nepotẽ nominare quidem poſſe, ſi ꝑdictum filiũ, qui erat nominandus, vti ingratũ exheredauit. Verificantur n. in ea ſpecie, illa ꝑdictæ l. Regiæ verba, *E nano tẽdo filhos.* Exheredatus n. & ingratus filius ꝓ mortuo habetur, pinde ac ſi nunquã exſtitiſſet. *l. 1. §. ſi pater. ff. de coniung. cum emancip liber. eius.* vbi Bar. *n. 2.* obſeruauit, maſculum exheredatũ, fœminæ ſucceſſionẽ non impedire exſtãte ſtatuto, ꝙ maſculis exſtaotib fœminæ nõ ſuccedant. Intelligitur n. huiuſmodi ſtatutũ, dum̃odo maſculus ſit ad ſuccedeodũ habilis. & non exheredatus, *tradit Brun. lib. de ſtatu. exclud. fœm. in art. 12. q. 6.* & iam ſupra diximus *in tract. de nom. q. 13. n. fin.*

40 Suffragatur eorũ ſententia, qui † aſſerunt, Regni atq; maioratus ſucceſſiooe priuari ingratũ filiũ primogeoitũ, a patre exheredatũ, vt reſoluit Old. *conſi. 94. n. 16.* ex auctoritate Dauid. *1. Reg. c. 4.* vbi Adoniã primogenitũ regni ſucceſſione priuauit, ex eo, ꝙ eã viuo patre affectare nõ erubuit. & Salomoni contulit. Cuius ẽt exẽpli ad hoc meminit Guil. *in c. Rayn. verbo in eod. teſt. in 1. n. 24. de teſt.* nonnulla alia loca ſimilia congerẽs, *n. præcedenti.* quibus cõcludit, ingratũ filiũ regni ſucceſſione, & ſic maioratus fore priuandũ. Quod ita Dd. com̃uniter ꝓbant *in c. licet, de voto per tex. ibi.* vt eſt videre per Mar. Laudenſ. *de primog. q. 9. & 19.* cuius tñ ad id meminit Ripa *in l. nemo poteſt n. 7. ff. de leg. 1. Alex. lib. 6. conſ. 87. n. 6. Curt. iun. in auth. nō licet, nu 4. C. de liber. præter.* Et videtur vera traditio, ſi cõſideres, iura ꝑmittentia filiorũ exheredationẽ, indiſtincte id cõcedere, dum̃odo adſit cauſa, ci[illegible] bonorũ [illegible] diſtinctione, vt habetur [illegible] regni ſucceſſion[illegible] primogeni[illegible] [illegible] *ad fi.* cũ [illegible] *in l.* [illegible] *ff. de bon.* [illegible] dominus ea priuatur ingratus & exheredatus filius. Quo ẽt argumento pro hac parte vtitur Guil. *d. verbo in eod. teſt. in 1 n. 207. cũ ſeq.* aſſerens hoc idem ſenſiſſ. Innol & Dd. *in c. grādi. de ſuppl. præle. neglig. in 6.* & in ſpecie vltra iã citatos, hoc ita reſoluit Coſta *in tract. de regni ſucceſſ. pag. 148. in fi. cum ſeq.* Cirier. Tiraq. & Molin. quos refert & ſequitur Menchaca, *lib. de ſucceſſ. creat. §. 21. n. 147.* Meneſius in̄ numeros referẽs, *in l. vnũ ex fam. §. 1. ff. de leg. 2. n. 16.* Greg. Lop. trepidus tñ *in gl. verbo de linage, in l. 9. tit. 7. part. 2.* Nõ eſt ergo mirũ, ſi ẽt emphyteuſi exheredatus filius careat, ſi maxime attẽdas ad verba Greg. Lupi. *d. loco,* qui aduerſus filiũ exheredatũ, vt regni maioratũ amittat, argumẽtatur, a iure patronatus liberti, ꝙ filios, etſi non ſit heres, cõſequitur, exheredatus tñ perdit: quo eſt argumento vſus Bar. aduerſus filiũ exheredatũ, ne emphyteuſin pro filiis conceſſam petere poſſit, vt eſt videre per eum, *in d. l. iuriſiurand. §. ſi liberti. ad fi. ff. de oper. libe.* vt iã diximus.

Sed ꝑdictis † non obſtantib. verior prior ſentẽtia eſt, ac obſeruanda, imoq; emphyteuſin ꝓ filiis cooceſſã exheredatus filius non perdit, vt cũ Salyceto, reſoluoot hi, quorũ ſupra meminimus, *n. 33.* Quibus nõ obſtat Bartoli argumentũ de iore patronatus liberti: quo filius exheredatus priuatur, quoniã de iure patronatus liberti, ad emphyteuſin, tutũ non eſt argumentũ: ſi cõſideres potentius multo habere ius patrẽ in eo iore patronatus, q̄ in emphyteuſi. Etenim ius patronatus patẽs põt vni ex filiis ꝑlegare ſeu aſſignare, *vt habetur in tit. ff. de aſſig. libert. præſertim in l. aſſignare. 7.* Cuius contrariũ obtinet in emphyteuſi q̄ pro filiis cõceſſam ꝑlegare pater nõ põt, ſecundũ magis cõmunem DD. ſententiam, de qua Iaſ. *in l. 2. C. de iur. emph. n. 210. Soc. iun. lib. 1. conſ. 73. n. 4. Conar. lib. 2. reſol. c. 18.* vt ootabiliter aduertit Coſta *libr. de regni ſucceſſ. pag. 161. in prin.* intelligens, facilior ẽ eſſe aſſigoationẽ iuris patronatus, q̄ emphyteuſis priuationẽ per exheredationẽ, q̄ odioſa eſt, *l. cũ quidã ff. de lib. & poſth concordat Valaſc. q. 45. col. 2. verſ. veriꝰ,* Cõcludentes *proinde a Bartoli ſententia recedendũ eſſe in fine.* Quib. addo a iure patronatus liberti excludi filiũ exheredatũ, *l. ſi ex patronis. 10. §. Iulian ff. de bon. libert.* Quod in emphyteuſi aut maioratu nõ ꝓcedit per tex. *in l. filius, 117. §. cũ pater. ff. de lega. 1.* cũ aliis quæ ſupra adduximus *n. 34.* Quãobrem Bartoli ſentẽtia in terminis, in quib. ſane ille loq̃tur defendi oõ põt, nempe cũ emphyteuſis. ꝓ filiis eſt cõceſſa, ad cuius priuationẽ exheredatio effectũ nullũ operatur: ſiquidem neq; aliter filiũ priuare parens põt, ꝙ vtiq; Coſta plane docuit *d. lib. de reg. ſucceſſ. pag. 161 ad fi.* reſoluens Bart. interpretandũ fore, qñ pater emphyteuſio potuit vni ex filiis pręlegare. Quocirca debet referri ad caſum l. Regiæ, *iſto tit. §. 6.* vbi fuit conceſſa emphyteuſis ꝓ vno ex filiis nominãdo: in qua ſpecie exheredatus filius emphyteuſin non obtinebit.

Poteſt † ẽt Bart. ſententia defendi in emphyteuſi hereditaria, ad q̄ reſtringere eã voluit Alex. *conſ. 128. nu. 8. lib. 1.* quo caſu nocere exheredationẽ filio certi iuris eſt, vt ꝓbat Valaſc. *de iure emph. q. 45 col. 2. in fin.* Et verũ eſſe fatetur Coſta *in tract. de regni ſucceſſ. pag. 155. verſ. & licet, tradit Pariſ. lib. 1. conſ. 1. n. 7.* Nec mirũ, quia hereditariã emphyteuſin obtinere ille non põt, niſi heres ſit, *vt iã ſupra diximus, & tradit Valaſc. q. 44. per tot.* Nec ꝙ Crotus ꝓbat, a nobis antea relatus, mouere quẽpiam debet, quoniã loquitur, contra text. *in d. l. plures fam. § cum pater ff. de lega. 1.* 42

Non ẽt obſtat, ꝙ † diximus regni ſucceſſionem, ſeu maioratus, ꝑdere filiũ exheredatũ: quoniã verius eſt in maioratus ſucceſſione ab aliquo aſcendente inſtituti, ad q̄ filius vocatus eſt a primo maioratus inſtitutore, etſi a patre exheredatur, audiendum eſſe filiũ, quoniã a patre non habet, ſed a primo inſtituente, *vt tradit Bald conſ. 300. vol. 2. per text. in l. ſi arrogator. ff. de adopt. concordat Cat. d. in 6. per venerabile, § quanto n. 45. qui ſpiri ſint legit. facit l. vnũ ex fam. §. 1. ff. de leg. 2. & ibi Dd.* Quocirca inepta reputanda eſt exheredatio, q̄ reſpicit aliena bona, *l. quidam ex filiis, ff. de hered. inſt. tradit Mol. de primog. Hiſp. c. 4. nu. 10 & lib. 1. c. 8. n. 21. cum ſeq.* Ceterum in regni ſucceſſione 43

diuerſa

diuersa ratio considerari potest, quam ingratus filius perdit, quoniam ea successio iure hereditario defertur, *vt not. Doctores communiter in cap licet, de voto. Tiraquell. de primogen. quaest. 35. nume. 3. cum sequent. Costa de regni successio. pag. 149. & 152. & Molina de primogen. Hispan. libr. 2. cap. 9. num. 2. versicu. sed istis.*

44 Haec autem † qualiter nostris concessionibus adaptari possint, in controuersiam reuocatur, si consideres, vix vnquam apud nos emphyteusim pro filiis concedi, aliquando vero pro filiis & heredibus, ad quam referri possunt, supra scripta, quatenus resoluimus, hereditariam emphyteusim patere exheredatum filium non posse, quemadmodum neque ille, qui hereditatem repudiauit. Plerunque vero emphyteusis conceditur pro filio, vel filia nominanda, qua etiam similiter carere debet ingratus filius & exheredatus, nisi nominatim ingratitudine non obstante, eum parens nominauerit. Cessant enim tunc omnia in fauorem filii scripta superius, quae solum loquuntur, & procedunt in concessione facta pro filiis, quibus dicitur ius esse quaesitum, parentis potestati minime obnoxium.

45 Postremo restat † vtilis & necessaria quaestio, & in praxi frequens. Emphyteuta habens potestatem nominandi, secundam vel tertiam personam, vel etiam vnum de filiis: quendam irreuocabiliter nominauit, qui patri ingratus factus est, caussamque exheredatione dignas commisit. Qua ratione *pater factam a se nominationem an reuocare possit,* in dubium reuocatur. Ego plures vidi non mediocris eruditionis viros asserentes, reuocari hoc casu nominationem posse, ex regula *leg. fin. C. de reuoc. don. & §. 2. Instit. eod.* per quae iura collata in aliquem, ob ingratitudinis noxam reuocantur, quod clarius Imperator *in §. 2.* ibidem docet in haec verba: *Sitamen ingrati exsistant homines, in quos beneficium collatum est, donatoribus per nostram constitutionem licentiam praestauimus certis ex caussis eas reuocare,* ne scilicet hi qui bona sua in alios contulerunt, ab illis iniuriam accipiant. Est enim ingratitudo omnium vitiorum teterius ac detestabilius crimen, quae est ventus vrens siccans fontem misericordiae, & rorem pietatis, *vt D. Bernardus in Canticis testatur, tradunt Ioannes, Andreas, Panormitan. & Barbat. in capit. fin. de donatio. Angel. de malef. verbo. & ad querelam. versic. nono repellitur. num. 26. Palat. in rubr. de donatione inter virum & vxorem. §. 78. num. 18. Guilelm. in cap. Raynutius, verbo in eodem testamento in secund. nume. 35. & tradit Thomas, 22. quaestio. 106.* & plenissimum tractatum nouissime conscripsit de ingratitudine Quintilianus Mandolius, vbi *cap. 31.* agit de ingratitudine filiorum in parentes.

46 Quamobrem posse † filios ob ingratitudinem priuari bonorum paternorum successione iure statutum est, vt habet *tex. in Authent. vt cum de appellat. agnos. §. est & aliud,* quod non dissimiliter Guil. lm. *dict. loc. nume. 27.* ampliat procedere, etiamsi filius velit iure congrui, tanquam proximior rem retrahere. Obstabit enim illi ingratitudinis crimen, *argument. cap. 1. §. quaesitum, de capit. qui Curi. vendi. vt ibi per eam tradit Tiraquell. de retract. §. 1. gloss. 8. nume. ro 37.*

Sic etiam † filius ingratus a patre legitimatus, in pristinum statum reducitur, vt singulariter tradit Baldus *in c. filii naturales. in fin. si de feudo fuer. controu. inter dom. & agnat. sequitur Romanus singul. 222. incip. vltimo quaeritur. Cremensis singul. 19. tuscius. Iason in l. ex hoc iure, num. 54. ff. de iust. & iure. Riminald. consi. 559. nu. 10. Loaz. in l. filius familias. §. Diui. ff. de lega. 1. num. 77. & Quintilian. Mandos. in tract. de ingratit. cap 33.*

Sic etiam † filius emancipatus, propter ingratitudinem in patriam potestatem reuocatur, *l. 1. C. de ingra. liber. Hippol. singul. 413. Iason in l. ex hoc iure post num 54. versic similiter filius. ff. de iust. & iure Afflict. in cap. 1. in princ. aume. 4. versicul. sic etiam ingratitudo qui'bus mod feud. amitt. tit. 1. Ripa in l. fin. nume. 4. C. de reuoc. don. Quintil. Mandos. in tract. de ingrat. cap. 32.* etenim propter ingratitudinem acerbitatis conuicii, vel cuiuscunque atrocis iniuriae emancipatione rescissa filii emancipati, damno libertatis immerito mulctantur, *vt d. l. 1.* 47

Sic etiam † vasallus ingratus feudo priuatur, *vt habetur in cap de forma ad fin. 21. quaest. fin. & in cap. 1. quae fuit prima caus. & Afflict. quaest. 282. dub. 2. Parisius consil. 2. num. 10. vol. 1. Ripa in l. fin. in prin. C. de reuoca. don. & Arron de antiq. temp 4. part. nume. 108. & copiosius Quintil. dict. tract. cap. 62. per tot.* Tanta est igitur ingratitudinis vis, tam graue facinus, tam detestabile crimen, vt quamuis ominatim, & expresse ingratitudinis exceptio, seu obiectio remissa sit, ea tamen nunquam sublata censeatur, vt obseruauit *Baldus in leg. fin. C. de bon. quae liber. versicul. extra quaero. Romanus consil. 26. colum. fin. Decius in leg. fin. numer. 23. C. de pactis. Beroius in capit. 1. de constitution: num. 47.* 48

Praedictis † tamen non obstantibus ego contrarium censeo verius, imo semel factam irreuocabiliter nominationem, ex caussa ingratitudinis superuenientis, reuocari non posse. Etenim omnia iura ex aduerso adducta, in vero donatore loquuntur, qui a se factam donationem, & collatum beneficium reuocare potest: non sic emphyteuta nominans, qui de suo nihil omnino praestat, nec ab eo nominatus quicquam capit, *vt in l. vnum ex familia. §. 1. ff. de lega. 2.* Quare reuocare semel factam nominationem nō potest, ex caussa ingratitudinis. Vt in praelato conferente beneficium, hac eadem ratione, quia de suo nihil praestat, resoluit post alios Barbatia *in c. fi. de donatio num. 17 Ripa in l. fin. C. de reuoc. don. q. 48. nume. 158. Rebuff. in tract. de congr. portio. nu. 106. & Peralta dict. l. vnum ex fam. §. 1. num 5. vers. ex hoc.* Nec quod diximus, posse vasallum ingratum priuari feudi successione, ad rem facit, quoniam illud procedit in domino directo, qui ab ingrato vasallo feudum ad instar donatoris reuocare potest: beneficium enim censetur dominus conferre, feudum concedens, *vt ibi habetur.* Quae sane ratio cessat in emphyteusi, quae a mera domini liberalitate nō proficiscitur. Quamobrem ob ingratitudinis noxam, semel concessam emphyteusim directus dominus nō reuocat, vt notabiliter docet Valasc. *quaest 39. num. 12.* licet differentiae rationem nō reddat. Licet autem ingratum domino emphyteutam non posse plerique asserant, *vt supra diximus cap. 1. num. 25.* tamen semel factam nominationem sui eueniens ingratitudo non rescindit. Nam quemadmodum a primo emphyteuta dominus directus propter ingratitudinē superuenientem, emphyteusim non reuocat, quia illam lucrati- 49

uo titulo non poſſidet, ita etiam a nominato non reuocabit, quamuis ab eo dicatur capere nominatus per regulam *dict.l.vnum ex familia.§.1.* Quæ omnia bene nota & perpende, quia quotidiana ſunt, & in vſu forenſi paſſim verſantur, quod ita nuper iudicauimus in hoc grauiſſimo Senatu Portuenſi in cauſſa Guimaranenſi contra patrem volentem ex cauſſa ingratitudinis ſemel factam nominationem emphyteuſis a filio reuocare. An autem ingratitudo ſuperueniens præſtet iuſtam cauſſam reuocandi maioratum ſemel inſtitutum, dicemus *libr.quæſtion. forenſ.& controuerſ.ciuil.* ad quem pium Lectorem remittimus.

Laus, honor, & gloria Chriſto Optimo Maximo Omnipotenti, eius Sanctiſſimæ virgini matri, in ſecula.

AMEN.





INDEX COPIOSISSIMVS OMNIVM MEMORABILIVM, IN TRACTAtu emphyteutico Francisci de Caldas, Pereira contentorum.

Quorum numerus primus Librum: Secundus caput: Tertius marginem capitis notat.

A.

B.

C.

VV 3

I N D E X.

Concessio

I N D E X.

Dominus

Donatio

Emphy-

INDEX.

Emphy-

INDEX.

F.

Filius

I.

I N D E X.

Interpel-

Ex Codice.

Legiti-

M.

N.

Nepos

Nomina-

Nomi-

O.

Papa

Primo-

INDEX.

Q.

R.

AAa 5

I N D E X.

Substitu-

F I N I S.